

Die Vaterschaftsklage
nach dem Codice civile italiano
von 1942

DISSERTATION

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HANSPETER HÜNI

von Horgen

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Fritzsche

1949

Juris-Verlag, Zürich

Die Vaterschaftsklage
nach dem Codice civile italiano
von 1942

DISSERTATION

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HANSPETER HÜNI
von Horgen

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Fritzsche

1949
Juris-Verlag, Zürich

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Februar 1949.

Der Dekan
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät:
Prof. Dr. K. Käfer.



*Meinem Stiefvater
Dr. Ernst A. Diethelm
in Dankbarkeit gewidmet.*

*Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Hans Fritzsche,
möchte ich an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank
aussprechen für die Anregung zu dieser Arbeit, sowie für
die mir in lebenswürdiger Weise erteilten Direktiven und
Ratschläge*

INHALTS-VERZEICHNIS

Seite

Erster Teil

Geschichtliche Grundlage der Vaterschaftsklage im neuen italienischen Recht	13
§ 1. Vorbemerkung	13
I. Kapitel: Der Einfluss des Code Napoléon auf das damalige italienische Privatrecht	14
§ 2. Einführung des Code Napoléon in Italien, Die Kodifizierung des Privatrechts in den italienischen Einzelstaaten	14
II. Kapitel: Entwicklung der Vaterschaftsklage in den Gesetzgebungen der italienischen Staaten und des Königreichs Italien ..	18
1. Abschn.: Die Vaterschaftsklage im Code civil Napoléon und seinen Nachahmungen	18
§ 3. Der Code civil Napoléon	18
I. Uebersicht	18
II. Geschichtliche Grundlage des Verbotes der Vaterschaftsklage: ancien droit — droit intermédiaire — art. 340 CCN.	21
§ 4. Der Codice civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna ..	26
2. Abschn.: Regelung der Vaterschaftsklage in den vom französischen Recht unbeeinflussten Privatrechten ..	30
§ 5. Das Recht des Kirchenstaates	30
§ 6. Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1811	33
§ 7. Das Recht in der Toscana und den estensischen Staaten ..	37
3. Abschn.: Die Vaterschaftsklage nach dem Codice civile von 1865	38
4. Abschn.: Die Reformbewegung seit 1865	52

Zweiter Teil

Die Vaterschaftsklage nach dem Codice civile von 1942	59
Einleitung	59

I. Kapitel: Grundprinzipien der Regelung der Vaterschaftsklage	63
1. Abschn.: Die Voraussetzungen einer Vaterschaftsklage	63
§ 8. Allgemeines	63
§ 9. Die Tatbestände auf Grund derer eine Vaterschaftsklage möglich ist	65
§ 10. Die Bedeutung der Empfängniszeit	72
2. Abschn.: Die juristische Natur des art. 269	75
§ 11. Die juristische Natur des Verbotes der Vaterschaftsklage	75
§ 12. Die juristische Natur der Ausnahmetatbestände	76
3. Abschn.: Standesklage nach art. 269 und Alimen- tationsklage nach art. 279	78
4. Abschn.: Causae cognitio	80
II. Kapitel: Die verschiedenen gesetzlichen Vaterschaftsvermutungen . .	82
§ 13. Konkubinat	82
§ 14. Entführung und Vergewaltigung	87
§ 15. Schriftliches Eingeständnis der Vaterschaft	90
§ 16. Besitz des Status	92
§ 17. Vom Richter festgestellte Vaterschaft, die nicht Gegen- stand des Urteils bildet	95
I. Allgemein	95
II. Feststellung der Vaterschaft ersichtlich aus einem Urteil, das der Verführten Schadenersatz für Schwan- gerschaft und Geburt infolge Verführung zuspricht	97

LITERATURVERZEICHNIS

1. Literatur zum italienischen Recht:

A. Allgemeine Literatur:

- Baudana-Vaccolini: Commento al Codice civile (Roma 1872).
Bianchi, F. S.: Corso di Codice civile italiano (Torino 1908).
Borsari, L.: Commentario del Codice civile italiano (Torino 1871).
Bruno, A.: Codice civile del Regno d'Italia con le decisioni delle corti (Firenze 1938).
Dictionnaire de droit canonique (Paris 1942).
Chironi, G. P.: Studi e questioni di diritto civile (Torino 1914).
— Le code civil et son influence en Italie. (Aufsatz in *Le Code civil 1804—1904, Livre du Centenaire.*) (Paris 1904).
Codice civile francese, Edizione del Codice civile francese con le traduzioni italiana e latina presso la Reale Stamperia (Milano 1806).
Collezione completa dei Codici civili moderni degli Stati d'Italia (Torino 1845).
Cosentini, F.: La riforma della legge civile (Modena 1911).
Defascistizzazione e riforma dei Codici e dell'ordinamento giudiziario (Roma 1946).
Degni, F.: Sul progetto di riforma del 1° libro del Codice civile (Messina 1932).
Delvitto: Commentario teorico-pratico del Codice civile (Torino 1871).
Faraone, L.: Codice civile annotato (Napoli 1887).
Ferrarotti, T.: Commentario teorico-pratico del Codice civile italiano (Torino 1872).
Fiore, P.: Diritto civile italiano (Napoli 1907).
Galdi, D.: Commentario del Codice civile (Napoli 1873).
Gianzana, S.: Codice civile coll'aggiunta delle leggi complementari (Torino 1887).
Huc, T.: Le Code civil italien et le Code Napoléon (Paris 1868).
Landogna, F.: Lineamenti di storia di diritto italiano (Roma 1946).
Marino, D.: Corso completo del Codice civile italiano (Palermo 1882).
Nuovo Digesto italiano (Torino 1937—1940).
Pacifici-Mazzoni: Istituzioni di diritto civile (Torino 1927).
Pandolfelli / Scarpello / Stella Richter / Dallari: Codice civile, libro I illustrato con i lavori preparatori e con note di commento (Milano 1940).
Ricci, F.: Corso teorico-pratico di diritto civile (Milano 1912).
Scuto, C.: Istituzioni di diritto civile (Napoli 1933).
Sclopis, F.: Storia della legislazione italiana (Torino 1863).
Stolfi, N. und F.: Il nuovo Codice civile commentato (Napoli 1939).
Tringali, S.: Dizionario legale (Milano 1904).

- Vaccaro, L.: Codice civile commentato con i lavori preparatori, illustrato da note e riferimenti, corredato da ampi indici e da tavola di raffronto (Roma 1941).
- Valenti, C.: Istituzioni di diritto civile (Venezia 1933).
- Vignali, G.: Commentario del Codice civile italiano (Napoli 1878).

B. Spezielle Literatur:

- A. C.: Azione die reclamo di filiazione naturale (in Rivista del diritto civile 1942).
— Filiazione naturale. Dichiarazione di paternità o di maternità (in Rivista del diritto civile 1942).
- Ambroso, F.: La dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità e i suoi riflessi sull'attività assistenziale dei brefotrofi (in Rivista delle Province 1939).
- Auriti, G.: La ricerca della paternità naturale (Lanciano 1894).
- D'Avanzo, W.: I presupposti dell'obbligo del risarcimento dei danni per seduzione (in Il diritto ecclesiastico italiano 1937).
- Azzariti, G.: Ricerca della paternità (in Nuovo Digesto italiano).
— Ricerca della maternità (in Nuovo Digesto italiano).
— La filiazione illegittima del Codice civile e nel progetto di nuovo Codice (Annuario di diritto comparato 1931).
- Banzi, A.: La ricerca della paternità e il progetto dell'On. Sorani (Parma 1902).
- Barassi, L.: Appunti critici sul progetto del I° libro del Codice civile (Milano 1932).
- Bellaviti, G.: La ricerca della paternità (Milano 1928).
- Berri, M.: La ricerca della paternità (in Rivista di diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia 1939).
- Bianco, D.L.: In tema di ricerca della paternità e di perplessità di motivazione (in Il Foro italiano 1941).
- De Bonis, V.: La ricerca della paternità (Roma 1909).
- Camelluti, F.: Lecita seduzione? (Il Foro italiano 1934).
- Carrara, G.: La questione della ricerca della paternità e la legge francese del 16. novembre 1912 (Roma 1912).
- Ceneri, G.: Ricerca della paternità. Causa Lambertini-Antonelli (Bologna 1900).
- Cicu, A.: La filiazione (Milano 1927).
— La filiazione (Torino 1939).
— Azione di paternità naturale (in Rivista del diritto civile 1939).
— Il concetto di status (in Studi giuridici in onore di V. Simoncelli (Napoli 1917).
- Cito di Terrecuso: La ricerca della paternità e l'art. 189 Codice civile (Firenze 1890).
- Colozza, A.: L'art. 189 del Codice civile e studio sulla ricerca della paternità (Napoli 1909).
- Colozza, N.: L'azione di paternità naturale (Napoli 1911).
- Cosattini, L.: Il riconoscimento del figlio naturale (Padova 1942).
- Costa, F.: La ricerca della paternità (in Il contenzioso ecclesiastico 1928).
- Crisafulli: I figli naturali (Palermo 1887).

- Cuttitta, C.: La dichiarazione giudiziale della paternità nel nuovo Codice civile in relazione al servizio provinciale di assistenza agli illegittimi (in *Manuale degli Amministratori comunali e provinciali delle Opere Pie* 1939).
- Degni, F.: Seduzione con promessa di matrimonio e risarcimento di danni per convivenza more uxorio (in *La Giurisprudenza italiana e la legge* 1940).
- Dusi, B.: Filiazione (Napoli 1907).
- Faldella, G.: La ricerca in giudizio della paternità naturale (Torino 1904).
- Ferraris, P.: Natalità illegittima (Torino 1936).
- Filomusi-Guelfi, F.: Sulla ricerca della paternità (Firenze 1909).
- Fulci, L.: La ricerca della paternità e falso ideologico (Torino 1898).
- Gallo, C.: Ricerca della paternità (Torino 1908).
- Galvagni, A.: Dei figli naturali e della ricerca sulla paternità (Bologna 1902).
- Del Giudice, P.: Le indagini sulla paternità e il progetto Scialoja (in *Rivista del diritto civile* 1911).
- Guzzardi, V. A.: Seduzione con promessa di matrimonio e risarcimento dei danni (in *Rivista del diritto civile* 1939).
- Mastrofini: La paternità e la filiazione (Roma 1834).
- Mogna, M.: La ricerca della paternità (Torino 1904).
- Monge, A.: La ricerca della paternità e l'art. 189 (Torino 1902—1903).
- Mori, V.: Appunti sull'azione di paternità nel diritto antico e moderno (Milano 1890).
- Morvidi, L.: Ricerca della paternità (in *Rivista di diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia* 1941).
- Nappi, G.: Impugnabilità della ordinanza preclusiva all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità (in *Monitore dei tribunali* 1941).
- Otello, G.: Seduzione e responsabilità civile (in *Responsabilità civile e previdenza* 1936).
- Palumbo, F.: Le indagini sulla paternità naturale (Napoli 1902).
- Pastorello, L.: Sulla giudiziale dichiarazione della paternità naturale (Palermo 1913).
- Pergolesi, F.: Appunti in tema di dichiarazione di paternità e riconoscimento (in *La giurisprudenza- Foro subalpino* 1941).
- Quartara, G.: La riforma del Codice civile, i libri I e III: La famiglia (Milano 1938).
- Ramella, A.: La dichiarazione giudiziale di paternità naturale (in *Il monitore dei tribunali* 1941).
- Rebuttati, C.: Di alcune questioni in materia di filiazione e di adozione (Forlì 1927).
- Richter, Mario, Stella: Sul decreto di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale (in *Giurisprudenza completa della cassazione civile* 1944, XV, sent. n. 27, pag. 121).
- Ronga, G.: Della condizione giuridica dei figli nati fuori di matrimonio (Torino 1873).
- Rosati, G.: L'azione di paternità naturale. Note ed appunti (Napoli 1893).
- De Santis, L.: I figli naturali e il divieto delle indagini sulla paternità (Palermo 1892).
- De Simone, S.: La dichiarazione della paternità naturale (Piacenza 1932).
- Sorani: Della ricerca della paternità (Firenze 1892).

- Tartaglione, G.: Responsabilità per seduzione di minorenne consensualmente sottratta al tutore o al genitore esercente la patria potestà (in *Il Foro italiano* 1940).
- Todaro della Galia, A.: Studio sui diritti dei figli naturali e progetto di riforma (Palermo 1889).
- Valverde, C.: Note critiche al progetto di riforma del I^o libro del Codice civile italiano (in *Annuario di diritto comparato* 1932).
- Vernetti, A.: Il libro I del Codice civile. La ricerca della maternità (in *Rivista di diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia* 1940).
- Vizioz, H.: La disciplina giuridica della filiazione illegittima ed il progetto di Codice civile italiano (in *Annuario di diritto comparato* 1933).

C. Gesetzesmaterialien:

Zum Codice civile von 1942 —

- Atti della Commissione parlamentare, chiamata a dare il proprio parere sul progetto del libro primo del Codice civile-Delle persone (Roma, Istituto poligrafico dello Stato 1937).
- Commissione Reale per la riforma dei codici: Codice civile, libro primo (Vorwurf) (Roma, Istituto poligrafico dello Stato 1931).
- Ministero di Grazia e Giustizia: Codice civile — libro primo: Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli On. Solmi (Roma, Istituto poligrafico dello Stato 1938).
- Ministero di Grazia e Giustizia: Lavori preparatori per la riforma del Codice civile: Osservazioni e proposte sul progetto del libro primo (Roma, Istituto poligrafico dello Stato 1933).
- Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul valore giuridico della carta del lavoro (Roma, Istituto poligrafico dello Stato 1943).
- Pandolfelli / Scarpello / Stella Richter / Dallari: Codice civile illustrato con i lavori preparatori ... (Milano 1940).
- Vaccaro, L.: Codice civile commentato con i lavori preparatori (Roma 1941).
- Stolfi N. und F.: Il nuovo Codice civile commentato con i lavori preparatori ... (Napoli 1939).

Zu andern Gesetzen —

- Codice penale e di procedura penale. Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli (Roma, Libreria dello Stato, 1946).
- Foschini, G.: I motivi del Codice civile (Torino 1868).
- Gianzana, S.: Codice civile coll'aggiunta delle leggi complementari; Vol. I Relazioni, Vol. II Discussioni, Vol. III Verballi (Torino 1887).
- Motivi dei Codici per gli Stati sardi (Genova 1853).

D. Zeitschriften: (Die wichtigsten sind mit einem * bezeichnet.)

- Annuario di diritto comparato e studi legislativi* (Roma).
- La Calabria giudiziaria* (Catanzaro).
- Il Contenzioso ecclesiastico* (Genova).
- La Corte di Cassazione* (Roma, erscheint nicht mehr).

La Corte di Bari e del Salento (Bari)
 Il Diritto ecclesiastico italiano (Roma).
 Diritto e Giurisprudenza (Napoli).
 Il Foro italiano (Roma).*
 Il Foro della Lombardia (Padova).*
 La Giurisprudenza italiana e la legge (Torino).*
 La Giurisprudenza-Foro subalpino (Torino).*
 Manuale degli Amministratori comunali e provinciali delle Opere Pie (Roma).
 Monitore dei Tribunali (Milano).*
 La Rassegna giudiziaria (Catania).
 Rassegna giuridica nissena (Caltanissetta).
 Responsabilità civile e previdenza (Milano).*
 Rivista del diritto civile (Milano).*
 Rivista di diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia (Milano).*
 Rivista delle Province (Roma).
 Lo Stato civile italiano (Forlì).
 La Temi emiliana (Padova).*
 Temi genovese (Genova).
 Temi lombarda (Milano).*

II. Literatur zum französischen, österreichischen und schweizerischen Recht:

A. Allgemeine Literatur:

Aubry et Rau: Cours de droit civil français (Paris 1873).
 Le Code civil 1804—1904, Livre du Centenaire (Paris 1904).
 Colin / Capitant: Droit civil français (Paris 1939).
 Egger, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Familienrecht (Zürich 1914).
 Ehrenzweig, A.: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (Wien 1924).
 Huc, Th.: Commentaire théorique et pratique du Code civil (Paris 1892).
 Josserand, L.: Cours de droit civil positif français (Paris 1932).
 Klang, H.: Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (Wien 1933).
 Laurent, F.: Cours élémentaire de droit civil (Paris 1878).
 Mayr, von, R.: Das bürgerliche Recht (in: Studienausgabe österreichischer Gesetze, Bd. II, erste Hälfte, veranstaltet von Dr. A. Löffler) (Leipzig 1905).
 Pfaff und Hofmann: Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (Wien 1877).
 Planiol / Ripert: Traité pratique de droit civil français (Paris 1926).
 Planiol / Ripert: Traité élémentaire de droit civil (Paris 1939).
 Planiol / Ripert / Boulanger: Traité élémentaire de droit civil (Paris 1946).
 Schey, J.: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (in der Fassung nach den drei Teilnovellen samt den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen. Aus der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes erläutert von) (Wien 1926).

- Sohm, R.: Institutionen des römischen Rechts (Leipzig 1898).
 Swoboda, E.: Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (Wien 1940).
 Tomförde / Diefenbach / Weber: Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland (Berlin 1935).
 Unger, J.: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (Leipzig 1892).
 Wäber / Silbernagel: Familienrecht (in Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von H. Gmür) (Bern 1927).
 Zachariä von Lingenthal / Crome: Handbuch des französischen Civilrechts (Freiburg i/B. 1895).

B. Spezielle Literatur:

- Decoppet, G.: L'enfant naturel et son père. Reconnaissance et action en paternité en droits autrichien, allemand, français et suisse (Diss. Lausanne 1917).
 de la Grasserie, R.: De la recherche et des effets de la paternité naturelle (Paris 1893).
 Gross, E. J.: Die Vaterschaftsklage im französischen Recht unter besonderer Berücksichtigung des Possession d'Etat (Diss. Zürich 1929).
 Jacquiers: Des preuves et de la recherche de la paternité (Paris 1874).
 Lavollée, H.: Code manuel de la recherche de la paternité. Commentaire de la Loi du 16 Novembre 1912 (Paris 1913).
 Meyer, A.: Anerkennung ausserhehlicher Kinder und Zusprechung mit Standesfolge (Diss. Zürich 1932).
 Meyer, J. F.: Anerkennung und Vaterschaftsklage bei unehelichen Kindern in rechtsvergleichender Darstellung unter Berücksichtigung des deutschen, französischen, belgischen, holländischen, spanischen, portugiesischen, italienischen und schweizerischen Rechts (Diss. Hamburg 1933).
 Peter, O.: Das Problem der rechtlichen Feststellung der Vaterschaft mit Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und französischen Rechts (Diss. Zürich 1923).
 Pothier: Traité du contrat de mariage (Paris 1823).
 Pouzol, A.: La recherche de la paternité. Etude critique de sociologie et de législation comparée (Paris 1902).
 Savatier, R.: Bonaparte et le Code civil (Paris 1927).

ABKÜRZUNGEN

App.	Corte d'Appello
Cass.	Corte di Cassazione
Tr.	Tribunale
V.	voce — Stichwort

Erster Teil

Geschichtliche Grundlage der Vaterschaftsklage im neuen italienischen Recht

§ 1. Vorbemerkung

Das italienische Recht hat, wie dasjenige von Belgien, Bulgarien, Ecuador, Spanien, Japan, Luxemburg, Monaco, Holland, Portugal und Venezuela, das System der Vaterschaftsklage dem Code civil Napoléon entnommen, und gehört deshalb zu dieser Gruppe der sogen. romanischen Rechte.¹ Daraus ergibt sich, dass eine Untersuchung über die Vaterschaftsklage, insbesondere wenn sie auch unter rechtsgeschichtlicher Perspektive erfolgt, notwendigerweise, einerseits die Grundlagen des napoleonischen Systems und anderseits die Einflussnahme des Code civil auf das betreffende Land, zum Gegenstand haben muss.

Dieser rechtshistorischen Tatsache der Uebernahme des französischen Rechtssystems und damit der Vaterschaftsklage, entnehmen wir die Aufteilung des in vorliegender Arbeit verarbeiteten historischen Stoffes, indem wir uns im ersten Kapitel mit dem allgemeinen Einfluss des Code Napoléon auf das damalige italienische Privatrecht beschäftigen werden, und im zweiten Kapitel unsere eigentliche Materie behandelnd, der geschichtlichen Entwicklung der Vaterschaftsklage von Einführung des Code Napoléon an bis zur neuesten Privatrechtsgesetzgebung von 1942 folgen werden.

¹ Vgl. Veröffentlichung des Völkerbundes: Comité de la protection de l'enfance, 5ème session (No. officiel CPE 141 [1]).

1. Kapitel

Der Einfluss des Code Napoléon auf das damalige italienische Privatrecht

§ 2. Einführung des Code Napoléon in Italien.

Die Kodifizierung des Privatrechts in den italienischen Einzelstaaten

1804 trat in Frankreich der Code civil Napoléon, an dessen Ausgestaltung Bonaparte selbst massgeblich beteiligt war, in Kraft¹. Er selbst bezeichnete in einem Brief an seinen Bruder Jérôme die Einführung des Code als bedeutendste Massnahme zur Befestigung der französischen Herrschaft in den besetzten Ländern: «Je compte plus sur l'effet du code pour l'extension et l'affermissement de votre pouvoir, que sur le résultat des plus grandes victoires»². Auch in Italien wurde das französische Gesetzeswerk nach und nach in sämtlichen unter französischer Herrschaft stehenden Gebieten eingeführt: In Piemont im Jahre 1804, in Parma und Ligurien 1805, im darauffolgenden Jahre in Piacenza und Guastalla, Lucca und Piombino, und im Lombardo-Veneto; 1808 in der Toscana, 1809 im Napoletano und zum Schlusse 1812 im Kirchenstaate³. Einzig in Sizilien und Sardinien blieben die alten Gesetze in Kraft, wobei in ersterem die «Costituzioni» und in letzterem die «Raccolta di leggi civili e criminali» Geltung hatten⁴.

Die Einführung des französischen Gesetzes traf nicht auf ernstlichen Widerstand seitens der italienischen Bevölkerung, obwohl es sich um ein für die Italiener fremdländisches Recht handelte. Ihre Geisteshaltung war schon durch zwei Tatsachen günstig zur Aufnahme beeinflusst: Erstens waren die Forderungen der Enzyklopädisten auch in Italien beachtet worden und zweitens hatte die Erklärung der Menschenrechte durch die französische Revolution auch in Italien ihren Widerhall gefunden⁵. Aus dieser Tatsache heraus und aus dem Umstand, dass der Code civil die Ideen der

¹ Vgl. dazu: R. Savatier, Bonaparte et le Code civil.

² Cit. bei Savatier, S. 3.

³ Nuovo Digesto italiano, V. codici italiani degli antichi Stati, S. 250.

⁴ Chironi, Le code civil et son influence en Italie, S. 766.

⁵ Chironi, Le code civil et son influence en Italie, S. 763.

Aufklärung und der französischen Revolution in sich vereinigte, erklärt sich die widerstandslose Einführung des Code und dessen nachhaltige Wirkung auf das italienische Recht. Der Code wiederum wurde selbst zum praktischen Mittler dieser grossen Ideen von Freiheit, Gleichheit, Schutz der Familie und Unverletzbarkeit des Privateigentums. 1845, zu einer Zeit also, als man noch stark unter dem Eindruck dieses grossen Gesetzeswerkes stand, schrieb ein italienischer Verleger zur Textausgabe sämtlicher Zivilgesetzbücher der italienischen Einzelstaaten darüber: «Uno de' principii fondamentali che servirono di base alle sue disposizioni, . . . , si è l'uguaglianza di tutti i cittadini cospetto della legge. Fedeli a siffatto principio i compilatori di quel Codice, e mirando più all'interesse della generalità de' cittadini, che a quello di certe classi di persone, ponevano altresì per base dell'opera loro l'indipendenza del diritto civile dalle credenze religiose: essere ufficio della legge quello di proteggere la libertà individuale; di garantire l'inviolabilità della proprietà, e d'impedire che per forza di particolari convenzioni, tendenti a stabilire in modo permanente l'ineguaglianza al cospetto della legge venisse a soffrirne⁶.

Waren bis anhin die neuen Ideen vor allem Gedankengut der Gebildeten gewesen, so war der Code civil als ein das tägliche Leben regelndes Gesetz besonders geeignet, sämtliche Bevölkerungsschichten damit bekannt zu machen, und zwar auf eine Weise, die zugleich die praktische Anwendbarkeit aufzuzeigen vermochte. Im täglichen Leben bewährte sich denn auch dieses französische Gesetz, weil es, abgesehen von seinen ideellen Grundlagen, den alten Gesetzgebungen etwas voraus hatte: Erstens war es in einer dem durchschnittlich intelligenten Bürger verständlichen Sprache verfasst, und zweitens erfuhr die Rechtssicherheit eine bedeutende Erhöhung durch den Umstand, dass sich jedermann über die Rechtsfolgen seines Tuns in diesem, das gesamte Privatrecht normierenden Gesetze orientieren konnte⁷.

Einem Umstand besonders verdankte der Code seinen Erfolg in Italien, und auch diesem Umstand ist es zuzuschreiben, dass Italien besonders geeignet war, ein mittels militärischer Okkupation eingeführtes Gesetz so ohne weiteres aufzunehmen, ohne in seinem

⁶ Collezione completa dei codici civili moderni degli Stati d'Italia, S. VII.

⁷ Chironi, Le code civil et son influence en Italie, S. 767., S. 763 und 764.

nationalen Stolz verletzt worden zu sein: Der Code civil enthielt zum grossen Teil römisches — also nationales — Recht und die italienische Rechtstradition hatte viel verwandtes mit der französischen⁸.

Aus der allgemeinen geistigen Strömung jener Zeit, aus der Vorzüglichkeit des französischen Gesetzes, und aus den eigentümlichen, in der italienischen Bevölkerung liegenden Umständen erklärt sich, dass der Code Napoléon in der kurzen französischen Okkupationszeit einen solchen Einfluss haben konnte, dass die Restauration sich mit ihren alten Gesetzen nicht mehr durchzusetzen vermochte, und eine reformatorische Tätigkeit auf dem Gebiete des Rechts, insbesondere des Privatrechts, einsetzte, die sich französisches Recht zum Vorbild nahm.

In den Republiken Genua⁹ und Lucca¹⁰ blieb der Code civil unverändert in Kraft, während er in Neapel mit geringfügigen Aenderungen weiterhin Geltung hatte, bis im Jahre 1819 ein eigenes Zivilgesetzbuch für das Königreich beider Sizilien in Kraft trat. Die übrigen Staaten kodifizierten ihr Privatrecht nach französischem Muster, von welcher Tatsache einzig das lombardisch-venetische Königreich und der Kirchenstaat eine Ausnahme bilden. In ersterem hatte ab 1. Januar 1816 das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Geltung und in letzterem betraf die Neuerung zur Hauptsache die Uebernahme des Hypothekarrechtes aus dem französischen Gesetz¹¹.

* Das Zivilgesetzbuch des Königreichs beider Sizilien¹², das von einer durch Dekret vom 2. August 1815 ins Leben gerufenen Kommission vorbereitet worden war, entnahm die Einteilung und im grossen ganzen die Regelung der einzelnen Materien, dem Code civil¹³. Abweichungen davon betrafen nur die Normierung der

⁸ Chironi, Le code civil et son influence en Italie, S. 764/65, Landogna, S. 154.

⁹ Reale Edizione vom 24. April 1815.

¹⁰ Sclopis, III, S. 18 ff.

¹¹ Chironi, Le code civil et son influence en Italie, S. 771.

* Die Texte der einzelnen Zivilgesetzbücher finden sich in: Collezione completa dei codici civili moderni degli Stati d'Italia (Torino 1845).

¹² Codice pel Regno delle Due Sicilie vom 21. März 1819 (vgl. Sclopis, II, p. 2, S. 447—451 und III, S. 423 ff., und Collezione completa . . . S. X. Text S. 237 ff).

¹³ Collezione completa . . . S. XI.

Ehehindernisse¹⁴ und des Erbrechtes¹⁵, die Wiedereinführung der Emphyteuse¹⁶ und des Majorates¹⁷, sowie die Weglassung der Ziviltrauung¹⁸.

In fast gleichem Masse abhängig vom Code Napoléon¹⁹ waren auch die Zivilgesetzbücher von Parma, Piacenza und Guastalla²⁰ und der Codice civile estense²¹.

Das Zivilgesetzbuch Sardiniens, der sog. Codice civile Albertino²², lehnte sich grundsätzlich, wie die obgenannten Privatrechte an das französische Gesetz an, brachte aber bedeutsame Verbesserungen diesem gegenüber, vor allem auf den Gebieten der Verschollenheit²³, der Verlobung²⁴, der Anerkennung unehelicher Kinder²⁵, des literarischen und geistigen Eigentums²⁶ und des Quellenrechtes²⁷. Dieses Gesetzbuch hatte trotz seiner starken Anlehnung an den Code civil den Vorteil, dass es nicht sklavisch an seinem Vorbilde hing, wie die Kodifikation der andern italienischen Staaten, sondern auch die einheimischen Rechtstraditionen berücksichtigte. Dies war ein wichtiger Grund dafür, dass es die erste Kodifikation des vereinigten Italiens massgeblich beeinflusste.

So standen drei verschiedene Typen von Privatrechtsordnungen nebeneinander auf der italienischen Halbinsel, welche dem italienischen Gesetzgeber bei Schaffung eines einheitlichen italienischen Privatrechts als Grundlage dienen konnten:

erstens der Code civil Napoléon und seine Nachahmungen,

¹⁴ Codice civile siciliano, art. 148—174

¹⁵ Codice civile siciliano, art. 638 ff.

¹⁶ Codice civile siciliano, art. 1678—1703.

¹⁷ Codice civile siciliano, art. 946—963.

¹⁸ Codice civile siciliano, art. 67.

¹⁹ Chironi, Le code civil et son influence en Italie, S. 769. Collezione completa dei codici civili moderni degli Stati d'Italia, S. XI. Auriti, S. 10.

²⁰ Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla vom 4. Januar 1820. Vgl. Collezione completa . . . S. XI, Text S. 377 ff.

²¹ Codice estense vom 25. Oktober 1851.

²² Codice civile per gli Stati del Re di Sardegna vom 20. Juni 1837. Dieses Gesetz hatte vorab nur Geltung auf dem Kontinent. Am 1. November 1848 trat es auch auf der Insel in Kraft. Vgl. Collezione completa . . . S. XI—XIV, Text S. 591 ff. Vgl. zu den Anmerkungen 19—22 auch: Chironi, Le code civil et son influence en Italie, S. 767 ff.

²³ Codice civile Albertino, art. 60—105.

²⁴ Codice civile Albertino, art. 106.

²⁵ Codice civile Albertino, art. 180—187.

²⁶ Codice civile Albertino, art. 440.

²⁷ Codice civile Albertino, art. 616—633. Vgl. darüber: Collezione completa dei codici civili moderni degli Stati d'Italia, S. XIII.

zweitens das vor allem im Kirchenstaat geltende gemeine Recht, und drittens das in der Lombardei geltende österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch.

2. Kapitel

Entwicklung der Vaterschaftsklage in den Gesetzgebungen der italienischen Staaten und des Königreichs Italien

1. Abschnitt

DIE VATERSCHAFTSKLAGE IM CODE CIVIL NAPOLEÓN UND SEINEN NACHAHMUNGEN

§ 3. Der Code civil Napoléon

I. ÜBERSICHT

Nach französischem Recht waren alle jene Kinder uneheliche, die nach den in den art. 312—315 ccf. und art. 331—333 ccf. enthaltenen Regeln nicht als in der Ehe empfangen gelten konnten, resp. nicht durch nachfolgende Ehe legitimiert waren; m. a. W. fielen alle jene Kinder unter den Begriff der unehelichen, denen das Gesetz nicht den Status eines ehelichen Kindes verlieh¹. Während es aber begrifflich nur eine Art ehelicher Kinder gab, unterschied das Gesetz bei den unehelichen zwischen sog. einfach-natürlichen Kindern und solchen ex damnato coitu.

Ausgangspunkt zu dieser Unterscheidung bildete der Umstand, ob zur Zeit der Zeugung des Ausserehelichen die Eltern die Möglichkeit gehabt hätten, unter sich eine rechtsgültige Ehe zu schliessen. Bestand diese Möglichkeit, so war das Kind ein einfach-natürliches; bestand diese aber wegen des Ehehindernisses der Verwandtschaft oder einer schon bestehenden Ehe mindestens eines Elternteils mit einem Dritten nicht, so war das Kind ein blutschänderisches — incestuosus — resp. ehebrecherisches — adul-

¹ Zachariä, III, S. 512.

terinus. Es war üblich, diese beiden letzteren Arten unehelicher Kinder unter dem Begriffe «Kinder ex damnato coitu» zusammenzufassen, weil sie einer vom Gesetze und der Sitte besonders missbilligten Verbindung entstammten².

An die Tatsache der Abstammung knüpften sich nicht ipso jure Rechtswirkungen, sondern nur da, wo sie in rechtserheblicher Form festgestellt war. Dieser Feststellung dienten nun zwei, vom Code civil zu diesem Zwecke gebildete Institute: Die Anerkennung, mittels derer sowohl Mutterschaft als auch Vaterschaft ihre rechtserhebliche Feststellung finden konnten³ und die Feststellung des Abstammungsverhältnisses durch den Richter, welches Institut aber grundsätzlich in seiner Anwendbarkeit auf das Kind-Mutter-Verhältnis beschränkt blieb⁴.

Anerkennung und richterliche Feststellung waren gemäss den art. 335 und 342 nur auf das aussereheliche Kindschaftsverhältnis der einfach-natürlichen Kinder anwendbar⁵, welches Abstammungsverhältnis somit einzig vom Gesetzgeber auch als juristische Tatsache gewollt war. Damit blieb grundsätzlich den Kindern ex damnato coitu versagt, zu ihren Eltern in ein Rechtsverhältnis zu treten, und nur da, wo ihre Abstammung zufällig und gegen das Verbot der art. 335 und 342 ccf. («... par hasard et malgré la loi ...»)⁶ rechtlich festgestellt war, konnten die im Gesetze für sie bestimmten Artikel angewendet werden⁷.

Die Anerkennung (la reconnaissance) bestand darin, dass Vater

² Vgl. über die verschiedenen Arten unehelicher Kinder: Laurent, I, N. 296, S. 336, und Planiol/Ripert, II, S. 598 (1926).

³ Art. 334—339 ccf.

⁴ «La recherche de la maternité est admise.» (Art. 341 ccf.)

«La recherche de la paternité est interdite.» (Art. 340 ccf.)

⁵ Art. 335 ccf.: «Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.» — Art. 342 ccf.: «Un enfant ne sera jamais admis à la recherche dans les cas où, suivant l'art. 335, la reconnaissance n'est pas admise.»

⁶ Grasserie, S. 15.

⁷ «Malgré les prohibitions prononcées par les articles 335 et 342 une filiation incestueuse ou adultérine peut cependant se trouver légalement établie, par la force même des choses, dans les hypothèses suivantes:

a) Lorsqu'un enfant est issu d'un mariage qui, contracté de mauvaise foi, en contravention aux articles 147, 161 à 163, a depuis été annulé, pour cause de bigamie ou d'inceste.

b) Lorsque, dans les cas prévus par les art. 312 al. 2, 313, et 325, il a été judiciairement déclaré qu'un enfant conçu par une femme mariée, n'a point pour père le mari de sa mère.

c) Lorsque, par erreur de fait ou de droit, un jugement, non susceptible

oder Mutter selbst ihre Elternschaft rechtswirksam offenbaren und damit die moralischen und materiellen Pflichten, die ihnen aus dieser Tatsache erwachsen, freiwillig auf sich nehmen. Das Gesetz verlangte allerdings, dass diese Erklärung, um rechtswirksam zu sein, in einer Form vorgenommen werde, die an der Ernsthaftigkeit der Erklärung keinen Zweifel lasse, nämlich entweder im Geburtsschein oder in öffentlicher Urkunde (*acte authentique*)⁸.

Vom Verbot der richterlichen Feststellung der Vaterschaft⁹ machte das Gesetz im gleichen Artikel (art. 340), der das Verbot enthielt, eine einzige Ausnahme: «... Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, ..., déclaré père de l'enfant.» Davon, wie das Wort «enlever» zu verstehen war, hing ab, in welchen Fällen eine Vaterschaftsklage möglich war. In der Doktrin entstand darüber eine Kontroverse: Die einen verstanden unter «enlever» sowohl die Entführung mit Einwilligung der Entführten (sog. *rapt de séduction*), als auch die gewaltsame Entführung mit nachfolgender Einsperrung der Entführten (sog. *rapt violent suivi de séquestration*), während die andern auf den Ausnahmecharakter der Vaterschaftsklage verweisend, nur letztere Art der Entführung als unter den Begriff «enlever» fallend betrachteten. Die Rechtsprechung bestätigte die letztere Meinung, anerkannte aber sowohl physische als auch psychische Gewalt (*contrainte morale et physique*) als zur Entführung geeignet und forderte ausserdem als besonders charakteristisches Merkmal des Tatbestandes die Einsperrung (*séquestration*) des Opfers durch den Täter¹⁰. In diesem

d'être réformé, a admis une recherche de paternité dont le résultat a été de constater une filiation incestueuse ou adultérine.

.... à ces hypothèses seules s'appliquent les dispositions légales qui, soit explicitement, soit implicitement, s'occupent des enfants incestueux ou adultérins» (Aubry et Rau, VI, § 572, S. 222, 223.) Huc, III, N. 79, S. 91. Zachariä, III, S. 543. Planiol/Ripert, II, S. 822 ff. Lévy, S. 116.

⁸ Art. 334 ccf.: «La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance.»

⁹ Von der Feststellung der Mutterschaft durch den Richter, die nach art. 341 ccf. erlaubt war, soll hier nicht die Rede sein, da damit der Rahmen dieser Arbeit überschritten würde.

¹⁰ In diesem Sinne: Zachariä, III, S. 529. Planiol/Ripert, II, S. 755 und dort zit. Rechtsprechung, und Vertreter der beiden Meinungen.

Cfr. Meyer, A., S. 60/61, der auch die Vergewaltigung (*viol*) als unter den Begriff «enlèvement» fallend betrachtet, weil diese eine momentane Entführung darstelle. — Ausdrücklich gegen diese Meinung: Aubry et Rau, VI, § 569, S. 194. Planiol/Ripert/Boulanger, I, N. 1504, S. 528.

einen, übrigens recht seltenen Falle, war nach napoleonischem Recht eine Vaterschaftsklage möglich, und es liegt auf der Hand sich zu fragen, weshalb der Gesetzgeber die Interessen des Kindes und damit auch indirekt der Mutter nicht besser zu wahren suchte. Dadurch, dass nur die Anerkennung zur Begründung des Kind-schaftsverhältnisses zum Vater dienen konnte, machte der Gesetz-geber das Kind vom guten Willen des Vaters, die ihm aus dieser Eigenschaft erwachsenden Pflichten freiwillig auf sich zu nehmen, abhängig. Immerhin mag bei dieser für das Kind recht bedauer-lichen Rechtslage hervorgehoben sein, dass die Wirkungen der An-erkennung und der ausnahmsweise möglichen richterlichen Fest-stellung recht weitreichende waren: Das Kind erhielt den Namen desjenigen Elternteils, zu welchem die Abstammung festgestellt worden war¹¹, und kam unter dessen elterliche Gewalt (art. 383 ccf.); ausserdem entstand ein gegenseitiger Alimentationsanspruch und ein gegenseitiges Erbrecht (art. 757—759 und 765 ccf.)¹².

II. GESCHICHTLICHE GRUNDLAGE DES VERBOTES DER VATERSCHAFTSKLAGE:

Weshalb das napoleonische Gesetzbuch, das die Forderungen je-ner Zeit nach Gleichheit der Menschen und Gerechtigkeit verwirk-licht hatte, gerade im Punkte der Vaterschaftsklage in dieser Be-ziehung versagte, ergibt sich aus geschichtlichen Gründen, die wie folgt zusammengefasst werden können:

(*Ancien droit.*) Eine Verordnung von Henri II aus dem Jahre 1556, die die Verhütung von Kindsmorden bezweckte, bestimmte, dass die

¹¹ «... d'après un usage constant, l'enfant reconnu prend le nom de celui de ses auteurs qui l'a reconnu et celui de son père s'il a été reconnu par les deux.» (Huc, III, S. 108.)

¹² Laurent, I, S. 334. Aubry et Rau, VI, § 571, S. 209 ff.

Die Wirkungen einer festgestellten Abstammung *ex damnato coitu* (vgl. oben, Anm. 7, wann eine solche überhaupt möglich war), waren ver-schieden von jenen des Abstammungsverhältnisses einfach-natürlicher Kinder: Ein inzestuöser oder adulterinus hatte ein Recht auf den Namen des Vaters resp. der Mutter (Aubry et Rau, VI, § 572, S. 224 und dort Anm. 24); er hatte ein Recht auf Alimente gegenüber dem Vater resp. der Mutter (Aubry et Rau, VI, § 572, S. 225); dagegen besass er kein Erbrecht (art. 762 al. 1 ccf., Aubry et Rau, VI, § 572, S. 227) gegenüber Vater resp. Mutter.

Ueber die Rechtstellung blutschänderischer und ehebrecherischer Kinder, deren Abstammung in rechtserheblicher Form festgestellt war, vgl. Laurent, I, N. 297^{bis}, S. 337 und Lévy, S. 117/118.

Mutter eines Kindes, das sofort nach der Geburt starb, mit dem Tode bestraft werde, sofern diese ledig war und ihre Schwangerschaft bzw. die Geburt des Kindes verheimlicht hatte¹³. Diese Vermutung eines Kindsmordes hatte die Wirkung, die ledige Mutter zu verpflichten, ihre Schwangerschaft der Behörde anzuzeigen, wobei es üblich wurde, diese Anzeige mit einer Angabe über den ausserehelichen Schwängerer zu verbinden. Die Gerichte pflegten daraufhin den als Vater Bezeichneten zu Schadenersatz an die Mutter und zu Alimenten an das Kind zu verurteilen, wenn nur ein Beweis vorlag, der die Aussage der Mutter glaubhaft erscheinen liess¹⁴. Dieser Praxis lag folgende *Maxime* von Faber¹⁵ zugrunde: «*Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo praegnantem esse*»¹⁶. Dieser Satz wurde von den Gerichten so verstanden, dass sie einen Mann auf Aussage der Frau hin verurteilten, sofern es nur irgendwie wahrscheinlich war, dass zwischen ihm und ihr nähere Beziehungen bestanden hatten¹⁷. Dabei wurde aber nicht beachtet, dass Faber von «*virgini*» — «Jungfrau» sprach, es sich also um eine Frau handeln musste, aus deren moralisch einwandfreien Sitten auf die Wahrheit ihrer Aussagen geschlossen werden konnte¹⁸.

Diese auf einer falsch verstandenen *Maxime* basierende Rechtsprechung führte zu Missbräuchen, indem sie skrupellosen Frauen Gelegenheit gab, mit der Schwangerschaft zu spekulieren dadurch, dass sie sich einen reichen Vater für ihre Kinder suchten oder Männer, mit denen sie einmal intim gewesen waren, erpressten. Ja die Gerichte selbst scheuten sich nicht einmal, mehrere Männer, die der gleichen Frau beigewohnt hatten, solidarisch zu Alimenten zu verurteilen¹⁹. Ein solcher Rechtszustand war naturgemäss eine Gefahr für die soziale Ordnung, die öffentliche Moral und ins-

¹³ Ueber diese Verordnung vgl.: Pouzol, S. 13 ff.; Ripert/Boulanger, I, N. 1411, S. 498; Auriti, S. 7.

¹⁴ Auriti, S. 7.

¹⁵ Favre, Antoine, unter dem Namen «président Faber» bekannt, war 1610 bis 1624 Präsident des Haute-Cour savoisiennne und Verfasser des *Codex definitionum* (Pouzol, S. 14).

¹⁶ *Codex definitionum*, lib. IV, tit. XVI, def. 18 (so cit. in Planiol/Ripert/Boulanger, I, S. 527).

¹⁷ «..... que cet homme a eu quelques familiarités ou privautés avec elle...» (Pothier, N. 394).

¹⁸ Eingehende Kritik über die irrtümliche Interpretation der *Maxime* Faber bei Pouzol, S. 14 ff.

¹⁹ So Entscheidung des Parlement de Paris vom 4. Oktober 1661 (cit. bei Ferraris, S. 24).

besondere für die Familie. Trotz der oft vorkommenden Justizirrtümer ist aber doch hervorzuheben, dass das Recht dieser Zeit die Verpflichtung der Eltern den Kindern gegenüber insofern berücksichtigte, als es bestrebt war, dem Unehelichen, wenn irgendwie möglich, den Unterhalt zu sichern²⁰.

(*Droit intermédiaire.*) Die Revolutionsgesetzgebung stellte im Dekret-Gesetz vom 12. Brumaire, an II, die einfach-natürlichen Kinder den ehelichen gleich²¹. Dieses Gesetz, in seiner Redaktion ungenau, stiess in der praktischen Anwendung auf Schwierigkeiten und durch die Abänderungsgesetze vom 25. Nivôse, an III, 3. Vendémiaire, an IV, und durch die Dekrete vom 26. Vendémiaire, an IV, und 2. Ventôse, an VI, wurden dessen Dispositionen in ihren Wirkungen eingeschränkt oder für den Moment ganz aufgehoben²².

Diese Revolutionsgesetzgebung bedeutete sowohl in bezug auf die Wirkungen, als auch auf die Feststellung des ausserehelichen Kindsverhältnisses, eine grundlegende Aenderung dem bis dahin geltenden Recht gegenüber. Einerseits ging daraus hervor, dass die Unehelichen die gleichen Rechte wie die Ehelichen geniessen und mit diesen in der Erbfolge nicht nur den Eltern, sondern auch den Verwandten gegenüber konkurrieren sollten; von diesem Erbrechte waren einzig die Kinder ex damnato coitu ausgeschlossen, denen aber das Recht eingeräumt wurde, einen Drittel von dem als Alimente zu fordern, was sie als pflichttheilsberechtigten Erben erhalten würden²³. Andererseits wurde nun als Folge der Rechtsverwilderung, die bei freier Zulassung der Vaterschaftsklage auf Grund der Maxime «*creditur virgini . . .*» entstanden war, die Vaterschaftsklage untersagt. Dieser Grundsatz wurde deutlich in einem Rundschreiben der «*Commission administrative des administrations civiles, police et tribunaux*» vom 15. Prairial, an III, ausgesprochen: «*Les actions en déclaration de paternité sont prosrites*»²⁴ und in einem ebensolchen an die Gerichte vom 6. Floréal, an III, worin diese Massnahme folgenderweise begründet wurde: «*. . . l'intérêt des bonnes moeurs et la tranquillité*

²⁰ Pouzol, S. 83, und dort «*chapitre premier: Ancien droit*», S. 9 ff.

²¹ Pouzol, S. 24.

²² Pouzol, S. 24/25.

²³ Pouzol, S. 25.

²⁴ Cit. bei Pouzol, S. 25.

des familles exigeaient qu'on n'admît plus ces demandes scandaleuses en déclaration de paternité qui, à la honte de l'ancienne jurisprudence, retentissaient tous les jours devant les tribunaux»²⁵. Doch wurde aus der Einsicht heraus, dass diese harte Regelung die Zahl der mittellosen Unehelichen vergrössern müsse, diese Massnahme dadurch gemildert, dass den Gemeinden der Schutz der minderjährigen, ausgesetzten Kinder übertragen wurde²⁶.

Die Gesetzgebung der Revolution, das «droit intermédiaire» wie es der Franzose nennt, sollte, auch in den Augen ihrer Urheber, nur provisorisch, bis zum Erscheinen des mit Ungeduld erwarteten Code civil, geltendes Recht sein²⁷.

Ein französischer Jurist, E. Accolas, hat mit folgenden treffenden Worten das «ancien droit» und das «droit intermédiaire» charakterisiert: «L'ancien droit français avait dit: „L'enfant naturel est un être déchu, mais il a au moins droit à des aliments“. Le droit de la révolution disait: „L'enfant naturel a le même droit que l'enfant légitime; mais frappé des périls de la maxime virgini creditur parturienti, imbu, en outre, de la fausse idée de l'omnipotence sociale, il renfermait dans des limites hâtivement, arbitrairement posées, la recherche de la paternité et se dissimulait son propre tort en confiant aux communes la tutelle de tous les mineurs abandonnés»²⁸.

(art. 340 CCN) Bei den Beratungen zum Code civil wurde der Vorschlag gemacht, eine Vaterschaftsklage da zu gestatten, wo die den Geschlechtsverkehr begleitenden Umstände solcherart seien, dass die Vaterschaft des Mannes wahrscheinlich sei: so bei Vergewaltigung und Entführung der Mutter, bei Verführung dieser mittels Eheversprechen und ausserdem, wenn der behauptete Vater auch nur in einem privaten Schriftstück seine Vaterschaft eingestehe²⁹. Dieser Vorschlag konnte nicht durchdringen, weil er auf den persönlichen Widerstand Napoleons stiess. Die eigentliche Diskussion über die Vaterschaftsklage und insbesondere über das Verbotsprinzip erfolgte bei der Beratung des heutigen art. 336 ccf., wobei es darum ging, der Mutter zu erlauben, im Geburtsschein den Namen des

²⁵ Cit. bei Pouzol, S. 26.

²⁶ Pouzol, S. 35 und 83.

²⁷ Pouzol, S. 27/28.

²⁸ Cit. bei Pouzol, S. 29.

²⁹ Grasserie, S. 12.

Vaters eintragen zu lassen³⁰. Dieser Vorschlag wurde gutgeheissen und die Befürworter versäumten nicht, sich gleichzeitig für die Zulassung der Vaterschaftsklage auszusprechen und sich damit gegen das Verbotsprinzip zu wenden³¹: «Je le (den Vorschlag) défends précisément parcequ'il affaiblit la rigueur du principe qui interdit la recherche de la paternité, principe que je n'admettrai point, que je combattrai, si on nous le présente à discuter», sagte dazu der Tribun Andrieux³². Bevor aber über diesen Artikel, der die Diskussion um die Vaterschaftsklage ausgelöst hatte, hätte endgültig abgestimmt werden können, zog die Regierung das Projekt zurück und es erfolgte eine personelle Umbesetzung sowohl des Corps législatif als auch des Tribunats, bei welcher jene Personen entfernt wurden, die sich der Meinung Napoleons, die Vaterschaftsklage sei zu verbieten, widersetzt hatten³³. Darnach wurde ohne Gegenstimme art. 340, in der Form wie er im Code Napoléon enthalten, aufgenommen³⁴.

«La recherche de la paternité est interdite» — dieses Prinzip darf man als persönliches Werk des ersten Konsuls ansprechen und darin widerspiegelt sich seine, einmal vor dem Conseil d'Etat geäusserte Meinung über die unehelichen Kinder: «La société n'a pas intérêt à ce que les bâtards soient reconnus»³⁵. In der Literatur versucht man diese brutale Einstellung Napoleons damit zu begründen, dass er Soldat gewesen sei und ihm Leute ohne familiäre Bindung erwünscht gewesen seien zur Auffüllung der Bestände des Berufsheeres³⁶.

³⁰ Pouzol, S. 30.

³¹ Pouzol, S. 34, Grasserie, S. 12.

³² Andrieux in einer Rede vor dem Conseil d'Etat, cit. bei Pouzol, S. 40. Vgl. Grasserie, S. 12.

³³ Pouzol, S. 42 ff., Grasserie, S. 12/13.

³⁴ Vgl. des nähern: Pouzol S. 42 ff.

³⁵ Pouzol, S. 44 und 84, Savatier, S. 33, Grasserie, S. 13.

³⁶ Vgl. Pouzol, S. 85 und dort in Anm. 1 zu diesem Thema zitierte Literatur. Ob es auch die persönliche Meinung Napoleons gewesen ist, durch das Verbot der Vaterschaftsklage würden die Frauen zu grösserer Zurückhaltung in geschlechtlichen Dingen angehalten werden*, dafür liess sich kein Beleg finden. Immerhin erscheint dies wahrscheinlich, wenn man berücksichtigt, dass es Napoleons Ansicht war, die Frauen müssten vor ihren eigenen Schwächen geschützt werden. (Vgl. über die Einstellung Napoleons zu den Frauen: Savatier, S. 28 ff.)

* «Les femmes deviendront plus réservées lorsqu'elles sauront qu'en cédant, sans prendre des précautions pour assurer l'état de leur postérité, elles en sont seules chargées.» (Cambacérès, Discours préliminaire du projet de Code civil, cit. bei Pouzol, S. 230.)

Da durch art. 340 ccf. eine Vaterschaftsklage ausgeschlossen war, hatten viele Mütter allein die ganze Last des Unterhaltes und der Erziehung zu tragen; deshalb zog es ein Teil von ihnen vor, auf ihre Elternrechte zu verzichten und die Kinder der Obhut des Staates zu übergeben. Frankreich hatte schon seit dem Mittelalter ein ausgedehntes Findelwesen und es war vom Gesetze erlaubt, (und ist es heute noch) unerwünschte Kinder anonym in einem Findelhaus abzugeben³⁷. War nun das Findelhaus durch art. 340 ccf. in erhöhtem Masse zu einem Institut geworden, das den sozialen Bedürfnissen der Ausserehelichen Rechnung tragen sollte, so tat dies in der Folge die Rechtsprechung in den geeigneten Fällen dadurch, dass sie die art. 1382 und 1142 ccf. heranzog.

Das in art. 1382 enthaltene Prinzip entspricht jenem unseres art. 41 OR und verpflichtet den, der einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, zu dessen Ersatz: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». Die Gerichte gaben auf Grund dieser Norm der Mutter im Falle einer Verführung einen Schadenersatzanspruch für körperliche und materielle Schädigung gegen den Verführer, womit gleichzeitig auch den Interessen des Kindes gedient war³⁸.

Art. 1142 ccf.³⁹ erlaubte den Gerichten das Versprechen des ausserehelichen Vaters (ohne dass er eine Anerkennung ausgesprochen hätte) für sein Kind zu sorgen, als bindend zu betrachten, womit dieses Versprechen rechtlich exequierbar wurde⁴⁰.

§ 4. Der Codice civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna *

Der Codice Albertino war, wie wir schon angedeutet haben, jenes italienische Zivilgesetzbuch, in welchem die landeseigenen

³⁷ Ueber das Findelwesen in Frankreich vgl. Gross, S. 14 ff.

³⁸ Gross, S. 25 und 103, Aubry et Rau, VI, § 569, S. 191.

³⁹ «Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.»

⁴⁰ Gross, S. 25 und 103, Aubry et Rau, VI, § 569, S. 191.

* Sog. Codice Albertino, vom 20. Juni 1837. (Gesetzestext in: Collezione completa dei codici civili moderni degli Stati d'Italia, S. 591 ff.) Galt zuerst nur in den Stati di S. M. il Re di Sardegna in Terraferma: Piemont, Ligurien, Savoiern und Nizza; ab 1. November 1848 auch auf der Insel, bis zu welchem Jahre dort die Leggi civili per l'Isola di Sardegna galtten. Vgl. Collezione completa... S. XIV.

Rechtstraditionen trotz des überragenden französischen Einflusses am meisten berücksichtigt worden waren. Die Vorarbeiten zeigen deutlich, dass es sich bei diesem Gesetzeswerk nicht um eine blinde Kopie des Code Napoléon handelte, was insbesondere für die Stellung der unehelichen Kinder galt, in welcher Materie das Gesetz eine vom französischen System abweichende Regelung getroffen hat.

Wie im französischen Recht war die Vaterschaftsklage nur ganz ausnahmsweise und nur für einfach-natürliche Kinder zulässig⁴¹. Der Fortschritt gegenüber dem französischen Gesetz bestand darin, dass die Vaterschaftsklage in vermehrten Fällen möglich war⁴². Das Gesetz gewährte eine solche Klage unter folgenden Voraussetzungen: 1. falls der behauptete Vater die Mutter entführt hatte oder 2. falls er sie vergewaltigt hatte und 3. falls ein Schriftstück von ihm vorlag, in welchem er seine Vaterschaft bekannt hatte oder aus welchem hervorging, dass er das Kind im Bewusstsein seiner Vaterschaft unterstützt hatte⁴³. Diese Regelung, mit welcher der sardische Gesetzgeber die Notwendigkeit einer Vaterschaftsklage anerkannte, verdankte ihre Entstehung den Gegnern des französischen Systems, welche vor allem im Senate von Piemont sassen.

⁴¹ Die Kinder ex damnato coitu und solche, deren Vater oder Mutter durch Ordensvorschriften oder religiöses Gelübde gebunden waren, konnten keine Vater- oder Mutterschaftsklage anstrengen und hatten nur einen Alimentationsanspruch, falls Vater oder Mutter ihre Elternschaft ausdrücklich bestätigt hatten: «Ne' casi in cui, a termini dell'alinea dell'art. 180, non si fa luogo al riconoscimento, il figlio non è giammai ammesso a fare indagini sulla paternità e la maternità.

Potrà nondimeno valersi della dichiarazione espressa che si fosse fatta dal padre o dalla madre per l'unico effetto di chiedere gli alimenti.» (Codice Albertino, art. 187.)

«Questo riconoscimento non potrà aver luogo a favore dei figli contemplati nell'art. 172.» (Codice Albertino art. 180, alinea.)

«Sono esclusi da ogni beneficio di legittimazione;

¹⁰ I figli nati da persone, di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata in matrimonio con altra persona;

²⁰ I figli nati da persone fra le quali non può sussistere matrimonio per vincolo di parentela, o di affinità in linea retta in infinito, o per vincolo di parentela in linea trasversale fino al secondo grado di computazione civile;

³⁰ I figli nati da persone, delle quali anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata da ordini sacri, o da voto solenne di professione religiosa.» (Codice Albertino, art. 172).

⁴² Vgl. dazu insbesondere: Sposizione dei principi e dell'ordine seguiti dalla Regia Commissione di Legislazione nel distendere il progetto del Codice civile. (Motivi dei Codici per gli Stati sardi, S. XVI/XVII.)

⁴³ Codice Albertino, art. 185.

Der erste Entwurf des Codice Albertino hatte in art. 35⁴⁴ wörtlich den art. 340 des Code Napoléon übernommen und der Senat von Piemont widersetzte sich dieser «Abschrift»⁴⁵ mit der Begründung, das absolute Verbot der Vaterschaftsklage verdanke seine Entstehung der verwilderten französischen Rechtsprechung, welche Voraussetzungen jedoch hier nicht gegeben seien⁴⁶. Seinerseits machte der Senat von Piemont den Vorschlag, die Vaterschaftsklage uneingeschränkt zuzulassen. Zur Vorbeugung gegen Missbräuche sei allerdings der Beweis der Vaterschaft durch Zeugen nur zu gestatten in Verbindung mit einem schriftlichen Beweisanfang oder schwerwiegenden Indizien. Des weitem wies der Senat darauf hin, dass durch weitherzige Zulassung der Klage den Männern eine grössere Zurückhaltung auferlegt werde, weil sie so eher zur Verantwortung gezogen werden würden⁴⁷. Aus diesen Ueberlegungen heraus schlug der piemontesische Senat vor, art. 35 folgendermassen zu formulieren: «In mancanza della dichiarazione mentovata nell' art. 30 (Anerkennung im Geburtsschein oder in öffentlicher Urkunde) il figlio naturale non sarà ammesso a somministrare la prova della sua filiazione per testimonii, se non quando vi sia già un principio di prova per iseritto, o quando le presunzioni e gli indizii risultanti da fatti già costanti, si trovino abbastanza gravi per determinare l'ammissione. — Nulladimeno, nel caso di ratto... il rapitore... potrà essere dichiarato il padre⁴⁸. Die Commissione di Legislazione wies aber diesen Vorschlag zurück, weil sie den in ihm enthaltenen Schutz gegen missbräuchliche Vaterschaftsklagen

⁴⁴ Art. 35 cit. in: Motivi dei Codici per gli Stati sardi, I, S. 254, col. 2.

⁴⁵ Motivi..., I, S. 235, col. 1.

⁴⁶ Der Senat von Piemont führte wörtlich dazu aus: «Siffatta disposizione, che vieta in modo assoluto ogni indagine sulla paternità, fu desunta dal codice civile francese, il quale fu compilato in ben diverse condizioni di tempo, da quelle in cui, ..., vivono questi Reali dominii.

Risorgeva allora la Francia da un terribile soqquadro e rivolgimento di cose; conveniva perciò nella nuova legislazione che si stava apprestando, gettare un velo sui miseri frutti che in grandissimo numero erano stati procreati, per non aprire la via a molteplici indagini che si sarebbero promosse sulla ricerca della paternità, e che avrebbero recato lo scompiglio in moltissime famiglie, e turbati di molti interessi.» (Motivi dei Codici per gli Stati sardi, I, S. 235/236.)

⁴⁷ Motivi..., I, S. 235, col. 2. Die Commissione di Legislazione glaubte, wie der französische Gesetzgeber durch das absolute Verbot der Vaterschaftsklage, den Frauen mehr Zurückhaltung auferlegen zu können, welche Ansicht nach Meinung des Senates von Piemont aber als irrtümlich sich erwiesen habe.

⁴⁸ Cit. in Motivi..., I, S. 236, col. 1 und 2.

als ungenügend erachtete⁴⁹, und machte ihrerseits den Vorschlag, eine Klage ausser bei Entführung der Mutter durch den behaupteten Vater auch bei Vergewaltigung durch diesen zu gewähren, da letztere gewissermassen eine momentane Entführung darstelle⁵⁰; ferner solle auch ein schriftliches Eingeständnis des Vaters ohne besondere Form als Voraussetzung zu einer Klage dienen können⁵¹.

Die Sezione di Grazia e Giustizia des Consiglio di Stato befürwortete das prinzipielle Verbot der Vaterschaftsklage, sowie deren Zulassung bei Entführung oder Vergewaltigung der Mutter, diskussionslos. Dazu trat, wenn auch nach längerer Verhandlung, der dritte Ausnahmetatbestand, wenn ein schriftliches Eingeständnis oder ein Dokument, aus dem hervorging, dass der Vater in seiner Eigenschaft als solcher das Kind unterstützt hatte, vorlag⁵². So bekam nun die Vaterschaftsklage endgültig in art. 185 Codice Albertino folgende Regelung: «Le indagini sulla paternità non sono ammesse fuorchè nei casi seguenti: 1^o Qualora vi sia uno scritto emanato dall'individuo indicato quale padre del fanciullo in cui egli siasi dichiarato tale, o dal quale risulti una serie di cure da lui date a titolo di paternità; ... 2^o Nei casi di ratto, o di stupro violento, quando il tempo di essi corrisponderà a quello del concepimento».

⁴⁹ Risposte della Commissione di Legislazione, Motivi dei Codici per gli Stati sardi, I, S. 236 ff.

⁵⁰ Motivi . . . , I, S. 238, col. 2.

⁵¹ Zweiter Entwurf, cit. in Motivi . . . , I, S. 238 col. 2.

⁵² Verhandlungen in Motivi . . . , I, S. 239/240.

2. Abschnitt

REGELUNG DER VATERSCHAFTSKLAGE IN DEN VOM FRANZÖSISCHEN RECHT UNBEEINFLUSSTEN PRIVAT- RECHTEN

§ 5. Das Recht des Kirchenstaates

Auf dem Gebiete des Kirchenstaates galt das gemeine Recht, ausgebaut durch die Rechtsprechung der päpstlichen Gerichtshöfe*.

Die Kirche, geleitet vom Gesichtspunkt, die legitime Familie nicht zu gefährden, die unehelichen Kinder aber trotzdem nicht für die Schuld ihrer Eltern büssen zu lassen, schloss sie von öffentlichen Aemtern und Orden aus, gewährte ihnen aber entsprechend dem Grundsatz «*natura non facit saltus inter coniunctos legitimos ac illegitimos*» immer ein Recht auf Alimente, selbst den Kindern ex *damnato coitu*⁵³: «*Alendi tamen ex substantia parentum etiam concepti ex damnata copula secundum jus canonicum*⁵⁴.»

Das kirchenstaatliche Recht, das die Vaterschaftsklage unumschränkt gestattete, welcher Umstand die Gefahr von missbräuchlichen Klagen und Justizirrtümern in sich schloss, wusste sich vor solchen Entgleisungen dadurch zu schützen, dass es in der Auswahl der zum Beweise der Vaterschaft geeigneten Mittel vorsichtig war⁵⁵. Darüber, wie die Vaterschaft zu beweisen sei, stellte ein wiederholt

* Urteilsammlungen:

Del Castillo, D. J.: *S. Rotae Romanae decisiones recentissimae super materias tam civiles quam ecclesiasticas* (Köln 1728).

Constantino, F. M.: *Decisiones Sacrae Rotae Romanae* (Venedig 1711).

Emerix, J.: *Decisiones S. Rotae Romanae cum argumentis, summariis et indice* (Rom 1701).

Decisiones Sacrae Rotae Romanae 1586—1859 (dies ist eine fast vollständige Sammlung aller Entscheidungen und befindet sich in der Bibliotheca centrale giuridica del Ministero di Grazia e Giustizia in Rom).

⁵³ Todaro, S. 81/82, Crisafulli, S. 22, Ronga, S. 34. RPD Corio, *Romana Alimentorum*, Lunae 16. Aprilis 1725 (cit. bei Castillo, tom XIII, n. 5).

⁵⁴ Vgl. Berri, S. 338, in *Rivista di diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia*, 1939.

⁵⁵ «... il sistema del diritto canonico che non dette mai luogo a gravi inconvenienti, anzi fu lodato nella provvida sentenza emanata in proposito dalla Rota Romana che servi di guida nella compilazione di alcune moderne legislazioni, tra le quali si possono annoverare le leggi spagnuole, portoghesi ed argentine.» (Faldella, S. 20.)

bestätigter Entscheid der S. Rota aus dem Jahre 1724 grundsätzlich fest: «... Filiatio siquidem respectu patris, cum fit difficilis, et ostendi facile non possit probationibus directis fatis comprobatur praesumptionibus, argumentis, et conjecturis⁵⁶. Der Gerichtsgebrauch legte also fest, dass die Vaterschaft durch die vermutungsbegründenden Tatsachen und die damit verbundenen Mutmassungen, wie auch durch weitere Beweise erwiesen werden könne, verlangte aber, dass der Richter die Ueberzeugung für die Vaterschaft des Beklagten aus der Würdigung aller Tatumstände gewinne und nicht etwa aus dem Nachweis eines vermutungsbegründenden Tatbestandes allein⁵⁷.

Voraussetzung für die Feststellung der Vaterschaft durch den Richter war der Statusbesitz des Kindes, der sich aus folgenden vier Tatsachen beweisen liess: ex nativitate, ex nominatione, ex tractatu und ex fama. Mindestens eine dieser die Vaterschaftsvermutung begründenden Tatsachen musste bewiesen sein, damit der Richter überhaupt eine Vaterschaft erklären durfte⁵⁸.

Der Beweis ex nativitate konnte dann erbracht werden, wenn nur ein Mann mit der Mutter verkehrt hatte und die äussern Umstände so lagen, dass es ganz ausgeschlossen erschien, dass ein anderer mit ihr hätte verkehren können, sei es, dass der Beklagte im Konkubinat gelebt hat mit der Mutter, sei es, dass er diese an einem andern Orte zu seiner ausschliesslichen Verfügung hatte. In diesen Fällen sprach man von der «arcta custodia ventris», weil diese Situation meistens durch die strenge Aufsicht des Mannes über die Frau gegeben war⁵⁹.

⁵⁶ RPD Falconerio, Romana filiationis, Lunae 24. januarii 1724 und dort in gleichem Sinne zitierte (cit. bei Castillo, tom XIII, dec. XVI, n. 17). Faldella, S. 19.

⁵⁷ So in obigem Entscheid zitierte Entscheidung, Rot. in rec. decis. 125, n. 3, parte 15: «... praesumptiones et conjecturae, quando praesertim non ab uno fonte dimanant, non sunt singulariter examinandae, sed in unum collectae et unitae...» Vgl. Auriti, S. 13.

⁵⁸ Lunae 27. novembris 1679 (cit. bei Constantino, decis. CXXIII, n. 6 und n. 19—22). Vgl. betr. Statusbesitz: Auriti, S. 13.

⁵⁹ Rota in Romana filiationis, 21. novembris 1710 (cit. bei Auriti, S. 14): «At nec sufficeret, quando etiam in facto constaret, Jacobum cum Angela conversasse, quia ulterius probanda foret in hoc casu custodia ventris Angelae, de tempore conceptionis Matthiae, sine qua ob possibilem aliorum ad eam accessum, uti commorantem extra domum Jacobi, vagumque eius concubitum, semper remanet incertum utrum Matthias fuerit generatus a Jacobo vel alio parente... Non obstante quod in praesenti non agatur... de muliere publice exposita, sed de muliere soluta de cuius inhonestate et commercio

Ex nominatione war dann der Vaterschaftsbeweis gegeben, wenn der behauptete Vater das Kind mit seinem eigenen Namen benannt hatte und die Ernsthaftigkeit dieser Namengebung ausser Zweifel stand. Vermutungsbegründend war aber nicht die blosse Benennung des Kindes mit dem väterlichen Namen, sondern diese Tatsache musste aus einem sog. «actus proportionatus» — einem solchen also, der die Ernsthaftigkeit der Aeusserung zeigte — sich ergeben, z. B. aus einem Testament oder einer Schenkungsurkunde⁶⁰.

Eine Vaterschaftsvermutung war auch dann gegeben, wenn das Kind ex tractatu im Statusbesitz war, d. h. wenn ein solches Verhalten des Vaters dem Kinde gegenüber vorlag, aus welchem seine Vaterschaftsüberzeugung sprach, sofern dieses Verhalten in einem Handeln für das Kind bestand⁶¹.

cum aliis viris non constat, proinde non sit necessaria probatio arctae custodiae ventris de tempore conceptionis ... Nam quando agitur inter personas privatas et probationes circa tractatus et agnitiones in filium sunt parum concludentes et aequivocae, tamquam necessarium antecedens doceri debet de accessu asserti patris ad mulierem, et subsequenti custodia illius ventris, ita ut de tempore conceptionis nulli alteri liber pateret accessus... absque eo quod haeredes asserti patris rei conventi probare teneantur inhonestatem mulieris, dum inhonestas satis praesumitur eo ipso quod admittitur, mulierem semel pecasse cum praetenso patre, semel siquidem malus semper praesumitur malus in eodem genere mali... Ideoque onus probandi honestatem exclusivam accessus aliorum refunditur in actorem se filium procreatum iactantem ex tali patre.»

In gleichem Sinne:

Lunae 27. novembris 1697 (cit. bei Constantino, decis. CXXIII, n. 4), und RPD Falconerio, Romana filiationis, Lunae 24. januarii 1724 (cit. bei Castillo, tom XIII, decis. XVI, n. 6 und 7).

⁶⁰ Rec. dec. tom I, dec. 100, parte 19 (cit. bei Auriti, S. 16): «Eodem modo nihil referet quod Thomas Caesarem puerulum filium appellaverit, quia filiatio provenit a natura, et proinde nominatio illam producere non valet, sed talis nominatio incidenter emissa, praesumitur facta blandiendi gratia, ut fieri solet, cum saepe filii vocabulo vocentur illi qui diliguntur, et propterea ex ea non arguitur filiatio, potissimum quando nominatus est in actu qui convenire potest etiam extraneo... ad hoc enim, ut quis ex nominatione dicatur approbatus et agnitus in filium, tali nominationi debet adjungi actus proportionatus, et filio quasi debitus, qualis esset institutio in testamento vel donatio.»

Ein actus proportionatus lag auch dann z. B. vor, wenn ein Kind unter dem Namen des behaupteten Vaters zu öffentlichen Festen ging, ohne dass dieser Einspruch dagegen erhob. — So: Florentina oratorii. 30. januarii 1665 (cit. bei Emerix, n. 8—11).

⁶¹ Dec. 21. novembris 1710 coram Aldovrando: «... Quando etiam de alimentorum subministratione aliquo modo constare dici possit, non tamen exinde resultaret sufficiens probatio tractatus Matthiae tamquam filii, quia sola alimentorum praestatio, uti actus referibilis ad motum pietatis et amoris ac

Die vierte von den Gerichten anerkannte Vaterschaftsvermutung ergab sich ex fama, aus der öffentlichen Meinung, wenn diese nämlich den Beklagten für den Vater hielt und das Kind somit im Besitze des Status war ⁶².

§ 6. Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1811

Das lombardisch-venetische Königreich, das in seiner territorialen Ausdehnung ungefähr dem von Napoleon gebildeten Königreich Italien (Regno d'Italia) entsprach, war im Jahre 1815 auf dem Wienerkongress gebildet worden und gehörte zur Donaumonarchie. Schon im darauffolgenden Jahre, am 1. Januar 1816, trat laut Patent vom 28. September 1815 das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Kraft ⁶³. Dieses Gesetz wurde nicht nur mit Interesse in den italienischen Kreisen aufgenommen, für welches eine ausgedehnte Literatur zeugt ⁶⁴, sondern auch wegen seines Inhaltes und seiner Form belobt ⁶⁵.

non raro expleri solitus etiam ab iis qui ad id nulla obligatione obstringuntur, est actus aequivocus.»

Erst wenn zur materiellen auch eine moralische Unterstützung hinzukam, nahm das Gericht an, sie erfolge nicht ad motum pietatis et amoris, sondern aus der Vaterschaftsüberzeugung des Helfers heraus: RPD Falconario, Romana filiationis, 24. januarii 1724 (cit. bei Castillo, tom XIII, decs. XVIII, n. 3).

⁶² Rota, rec. dec., parte 15, dec. 125 (cit. bei Auriti, S. 17): «Tertium quod valde urget probationis genus, desumptum fuit ex fama, et communi opinione, qua Fabius ab omnibus reputatus fuit pro filio Hieronymi, nec umquam ab aliquo habitus pro filio alterius, quae sic sola sufficeret ad quasi possessionem filiationis...»

In gleichem Sinne: Florentina oratorii, 30. januarii 1665 (cit. bei Emerix n. 3 und 5).

⁶³ Pfaff und Hofmann, I, 1, S. 65 (österreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch wird in der Folge mit «aBGB» abgekürzt).

⁶⁴ Vgl. Pfaff und Hofmann, S. 65 ff., wo eine vollständige Bibliographie der italienischen Werke angeführt ist, aus der hier nur die wichtigsten Arbeiten zitiert werden:

Taglioni, Onofrio: Commentario al codice civile universale austriaco (Milano 1816—1828);

Basevi, Gioachino: Annotazioni pratiche al codice civile austriaco (4. Aufl. Milano 1851);

Foramiti, Nicolò: Il codice civile generale austriaco, corredato di tutte le leggi ad esso relative ... annotato col testo tradotto delle corrispondenti leggi romane, ... illustrato colle principali massime di diritto ammesse dai tribunali (Venezia 1852—1859).

Ausserdem war fast sämtliche deutsche Literatur über das aBGB ins italienische übersetzt worden.

⁶⁵ «... questo codice, per ordine, per chiarezza, e per la saviezza delle sue prescrizioni, si può certamente dire una delle migliori opere di tal genere» (cit. in Collezione completa dei codici civili moderni degli Stati d'Italia, S. IX).

Das österreichische Privatrecht übte einen nicht geringen Einfluss auf das italienische Recht aus, besonders deshalb, weil es neben den Privatrechten der italienischen Einzelstaaten als Grundlage für das erste Zivilgesetzbuch des vereinigten Italiens diente⁶⁶. Wenn auch von diesem Einfluss in der uns hier interessierenden Materie nichts zu verspüren war, so rechtfertigt sich eine Darstellung der gesetzlichen Regelung der Vaterschaftsklage im aBGB deshalb, weil dieses Gesetz in den nach dem ersten Weltkrieg an Italien gefallenen österreichischen Gebieten bis 1928 Geltung hatte, und somit italienische Gerichte Streitigkeiten über die Vaterschaft nach österreichischem Recht zu beurteilen hatten⁶⁷.

Wer Vater im Sinne des Gesetzes sei, bestimmte das aBGB in den §§ 163 und 164, die unter der Ueberschrift: «Beweis der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde» zusammengefasst waren. Danach ist Vater: «Wer auf eine in der Gerichtsordnung vorgeschriebene Art überwiesen wird, dass er der Mutter eines Kindes innerhalb des Zeitraumes beigewohnt habe, von welchem bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als sechs⁶⁸, nicht mehr als zehn Monate⁶⁹ verstrichen sind, oder, wer dies auch nur ausser Gericht gesteht, von dem wird vermutet, dass er das Kind erzeugt habe» (§ 163 alt). Aus dieser Norm ergibt sich, dass der Gesetzgeber zwei vermutungs-

⁶⁶ «Scartata l'idea di rivedere il Codice sardo, fu deciso di prepararne uno nuovo utilizzando i Codici degli ex-Stati italiani, compreso quello austriaco.» (Landogna, S. 163). Vgl. Ehrenzweig, I, 1, S. 34.

⁶⁷ Die Inkraftsetzung des Codice civile italiano von 1865 in diesen Gebieten (Südtirol, Triest, Istrien, Fiume) erfolgte durch Dekret-Gesetz vom 4. November 1928, n. 2325.

Allerdings war das aBGB während des ersten Weltkrieges im Wege der Novellengesetzgebung teilweise geändert worden: Novelle vom 12. Oktober 1914 (sogen. Nov. I), Novelle vom 22. Juli 1915 (sogen. Nov. II) und Novelle vom 19. März 1916 (sogen. Nov. III) — vgl. Schey, S. XIII —, welche Aenderungen auch das ausserhehliche Kindsverhältnis betrafen:

Es erfolgte eine Verbesserung der Rechtstellung des Kindes, indem es zur Mutter und deren Verwandten in gleiche familienrechtliche Bindung tritt, wie ein eheliches (Ehrenzweig, II, 2, S. 244) und einen subsidiären Alimentationsanspruch gegen die Grosseltern mütterlicherseits erhielt; cfr. §§ 165 alt und 165 neu (Nov. I, § 8), 166 alt, 167 alt und 166 neu (Nov. I, § 9). Die Mutter hat im neuen Gesetz einen Anspruch gegen den Vater auf Ersatz der sich aus der Geburt ergebenden Auslagen; cfr. §§ 167 und 168 neu (Nov. I, §§ 10, 11).

Die die Vaterschaftsklage betreffenden §§ 163 und 164 blieben von der Novellengesetzgebung inhaltlich unberührt.

⁶⁸ In der amtlichen Ausgabe des aBGB hatte es statt «sechs» «sieben» Monate geheissen, welcher Druckfehler durch Hofdekret vom 5. April 1822 berichtigt wurde (Mayr, S. 64 ad § 163).

begründende Tatsachen anerkannte: Erstens das Eingeständnis eines Mannes, Vater zu sein, und zweitens die naturgesetzliche Möglichkeit solcher zu sein.

Das Gesetz verlangte keine bestimmte Form für das Eingeständnis der Vaterschaft und so begnügten sich die Gerichte damit, als einzige Voraussetzung für die Gültigkeit des Anerkenntnisses zu verlangen, dass es ernst gemeint gewesen sei ⁷⁰.

Hatte der Kläger eine dieser vermutungsbegründenden Tatsachen (Anerkenntnis oder Geschlechtsverkehr des behaupteten Vaters mit der Mutter in der Zeit zwischen dem 300. und 180. Tag vor der Geburt) bewiesen, so konnte der Beklagte einer Verurteilung nur dadurch entgehen, dass er bewies, das Anerkenntnis sei irrtümlich gewesen, resp. er sei unmöglich der Vater ⁷¹ oder es sei ein anderer Mann schon rechtskräftig als Vater verurteilt worden ⁷². Insbesondere wirkte die Einrede des Mehrverkehrs oder des liederlichen Lebenswandels der Mutter weder vermutungszerstörend noch als Klageausschlussgrund und war nach konstantem Gerichtsgebrauch unstatthaft ⁷³.

Ausser den in § 163 alt umschriebenen Fällen betrachtete das Gesetz jenen als Vater, der unter den in § 164 alt gestellten Bedingungen ins Tauf- oder Geburtsbuch eingetragen wurde: «Die auf Angaben der Mutter erfolgte Einschreibung des väterlichen Namens in das Tauf- oder Geburtsbuch macht nur dann einen vollständigen Beweis, wenn die Einschreibung nach der gesetzlichen Vorschrift mit Einwilligung des Vaters geschehen, und diese Einwilligung durch das Zeugnis des Seelsorgers und des Paten mit dem Beisatze, dass er ihnen von Person bekannt sei, bestätigt worden ist ⁷⁴.» Die von § 164 gestellten Bedingungen waren dreifacher Art: Erstens hatte die Eintragung des Vaters auf die Angaben der Mutter hin zu erfolgen, m. a. W. es musste ein Begehren von seiten der Mutter

⁶⁹ Durch Nov. III, § 202, wurden die Worte «nicht weniger als sechs Monate, nicht mehr als zehn Monate» durch «nicht weniger als 180, nicht mehr als 300 Tage» ersetzt.

⁷⁰ Swoboda, I, S. 120; Ehrenzweig, II, 2, S. 239; Klang, I, 1, S. 906 ff.

⁷¹ Er musste, wie ein Ehemann bei der Aberkennungsklage auf Grund von § 158, die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft beweisen (Swoboda, I, S. 120).

⁷² Betr. Gegenbeweis vgl.: Ehrenzweig, II, 2, S. 240/241; Klang, I, 1, S. 911; Swoboda, I, S. 120; Tromforde, S. 140.

⁷³ Ehrenzweig, II, 2, S. 241; Tromforde, S. 140; Swoboda, I, S. 120; Klang, I, 1, S. 911 ff.; Schey zu § 163, N. 15.

⁷⁴ § 164 neu entspricht genau § 164 alt.

vorliegen, während ein solches nur väterlicherseits rechtlich unerheblich ist⁷⁵; auch konnte die Mutter zur Angabe des väterlichen Namens nicht gezwungen werden⁷⁶; zweitens musste der Vater zur Aufnahme seines Namens ins Tauf- oder Geburtsbuch seine Einwilligung geben und drittens musste die Identität desjenigen, der die Einwilligung abgegeben hatte, durch persönliche Bekanntschaft des Seelsorgers und des Paten mit diesem, festgestellt sein.

Die Rechtswirkungen der Vaterschaft⁷⁷ waren, obwohl die Vaterschaftsklage ihrer juristischen Natur nach eine familienrechtliche, weil auf der Tatsache der Verwandtschaft fussende Klage war⁷⁸, sehr beschränkt. Insbesondere gewährte das Gesetz keine familienrechtliche Stellung: «Unehelche Kinder sind überhaupt von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft ausgeschlossen; sie haben weder auf den Familiennamen des Vaters, noch auf den Adel, das Wappen und andere Vorzüge der Eltern Anspruch; sie führen den Geschlechtsnamen der Mutter» (§ 165 alt)⁷⁹. Einzige Rechtsfolge der Vaterschaft war die Alimentationspflicht des Vaters dem Kinde gegenüber: «Aber auch ein uneheliches Kind hat das Recht, von seinen Eltern eine ihrem Vermögen angemessene Verpflegung, Erziehung und Versorgung zu fordern, und die Rechte der Eltern über dasselbe erstrecken sich soweit, als es der Zweck der Erziehung erfordert. Uebrigens steht das uneheliche Kind nicht unter der eigentlichen väterlichen Gewalt seines Erzeugers, sondern wird von einem Vormunde vertreten» (§ 166 alt)⁸⁰: «Zur Verpflegung ist vorzüglich der Vater verbunden; wenn aber dieser nicht imstande ist, das Kind zu verpflegen, so fällt diese Verbindlichkeit auf die Mutter» (§ 167 alt)⁸¹.

⁷⁵ Schey zu § 164, N. 3.

⁷⁶ Schey zu § 164, N. 4.

⁷⁷ «Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern», §§ 165—171.

⁷⁸ Unger, I, S. 197, Anm. 144.

⁷⁹ Das Kind erhielt nicht nur den Namen (und zwar den Mädchennamen [Ehrenzweig, II, 2, S. 244]) der Mutter, sondern auch deren Heimatrecht und Staatsbürgerschaft (Schey, S. 105 und dort diesbezüglich zitierte Gesetze).

Durch Nov. I, § 8, wurden die Worte «sind überhaupt von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft ausgeschlossen; sie ...» in § 165 Abs. 1 aus dem Text gestrichen. Diese Streichung war deshalb notwendig, weil ja das Kind heute wenigstens zur Mutter und deren Verwandten eine familienrechtliche Stellung einnimmt (Ehrenzweig, II, 2, S. 244).

⁸⁰ und ⁸¹ Durch Nov. I, § 9, wurden in § 166 alt die Worte «Aber» und «eigentlich» gestrichen, und in § 167 alt am Schlusse die Worte «und nach

Ein Vergleich der Vaterschaftsklage nach österreichischem Recht mit jener nach napoleonischem zeigt, dass diese beiden Systeme in bezug auf Zulassung der Klage und Rechtswirkungen der Vaterschaft zueinander sozusagen in umgekehrt proportionalem Verhältnis standen; während das französische Recht die Klage nur in einem einzigen Falle gestattete («Dans le cas d'enlèvement . . .» art. 340 ccf.), sich dann aber an die Vaterschaft Statusfolgen knüpften, gestattete das aBGB die Klage uneingeschränkt, liess aber zwischen Vater und Kind nur ein schuldrechtliches Verhältnis entstehen. Bestimmt entsprach das österreichische System dem praktischen Bedürfnis, dem Kind einen Ernährer zu finden, viel eher als das französische und war aus diesem Grund auch vorteilhafter für das Kind, hatte aber andererseits den Mangel, die ethisch-moralische Bindung zwischen Kind und Vater unberücksichtigt zu lassen.

§ 7. Das Recht in der Toscana und den estensischen Staaten

In der Toscana existierte kein geschriebenes Recht die unehelichen Kinder betreffend, sondern nur Gewohnheitsrecht, das aus der Judikatur hervorgegangen war. Dieses Recht hatte mit jenem des Kirchenstaates vieles gemein, indem die Vaterschaftsklage frei zulässig war, sofern eine der beiden folgenden Beweisvermutungen gegeben war: *custodia ventris* und manifeste Vaterschaftsüberzeugung⁸².

Bevor 1851 in den estensischen Staaten, die durch die Stadt Modena und deren Umgebung gebildet waren, eine Kodifikation nach franz. Muster in Kraft trat, galt dort ein Dekret vom Jahre 1821⁸³, wonach die Vaterschaftsklage frei zulässig war und des weitern der Richter gehalten war, die Interessen einer ledigen, schwangeren Frau von Amtes wegen zu wahren: «... dovranno inoltre i giudici medesimi in qualunque caso d'illegittima gravidanza assicurare gli alimenti al figlio nascituro fino all'età di 15 anni compiti, a carico dell'autore della gravidanza. E che se si trattasse di gravidanza della quale sia occulto l'autore e non sia stata data formale querela, in

dieser auf die mütterlichen Grosseltern», beigefügt. In dieser Form bilden nun § 166 alt den ersten, und § 167 alt den zweiten Absatz von § 166 neu.

⁸² Vgl. Auriti, S. 17 ff.

⁸³ Dekret vom 4. April 1821, erlassen von Francesco IV, Duca di Modena. (Auriti, S. 12).

tal caso, a conciliare i riguardi pel buon nome della famiglia, saviamente avuti in vista nel riferito art. 8, colla giustizia, la quale esige che l'autore della illegittima gravidanza soccomba alle spese del mantenimento del fanciullo, dovranno i giusdicenti locali, tostochè abbiano cognizione di alcuna illegittima gravidanza (oggetto sul quale dovranno sempre attentamente invigilare) qualora ad una semplice chiamata della donna pregnante non venga depositata la sovra scritta somma per gli alimenti, procedere alle più opportune indagini e ricerche onde scoprire l'autore della illegittima gravidanza»⁸⁴.

3. Abschnitt

DIE VATERSCHAFTSKLAGE NACH DEM CODICE CIVILE VON 1865

Nach der politischen Einigung Italiens erfolgte die Rechtsvereinheitlichung. Das Privatrecht des vereinigten Königreichs stand stark unter französischem Einfluss, der über zwei Wege auf die neue Gesetzgebung einzuwirken vermocht hatte, einem direkten, dadurch, dass der Code Napoléon in vielem als unmittelbares Vorbild gedient hatte, und einem indirekten, dadurch, dass der französisch inspirierte Codice Albertino im neuen Gesetze besonders berücksichtigt worden war, da er ja ein Werk der sabaudischen Dynastie war, welche nun den italienischen Thron inne hatte⁸⁵.

Die grundsätzliche Regelung der Vaterschaftsklage war im Codice von 1865 aus dem napoleonischen Recht übernommen, und zwar hatte sich der Gesetzgeber zu dieser analogen Ausgestaltung der Vaterschaftsklage durch den Umstand veranlasst gesehen, dass zur Zeit der Rechtsvereinheitlichung in den meisten Einzelstaaten Italiens die französischen Prinzipien diese Materie beherrschten, während andere Systeme in der Minderheit waren⁸⁶. Ausserdem hielt der Gesetzgeber selbst die französische Regel, die Vaterschaftsklage

⁸⁴ Cit. bei Auriti, S. 12.

⁸⁵ Chironi, Le code civil et son influence en Italie, S. 772.

⁸⁶ Borsari, I, § 455, S. 707 und 708.

sei vom Gesetze zu verbieten, für ein allen zivilisierten Völkern gemeinsames fortschrittliches Prinzip⁸⁷.

Diesem, die Vaterschaftsklage beherrschendem Prinzip, war art. 189 gewidmet: «Le indagini sulla paternità non sono ammesse, fuorchè nei casi di ratto o di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento»⁸⁸.

Die Vorarbeiten zum Codice civile von 1865* zeigen, dass nie die Zweckmässigkeit des Verbotes der richterlichen Feststellung der Vaterschaft in Zweifel gezogen worden ist, und dass die Klage nur ganz ausnahmsweise zulässig sein sollte, falls der aussereheliche Beischlaf durch Entführung oder Vergewaltigung der Mutter erzwungen worden ist⁸⁹. Hingegen herrschten Meinungsverschiedenheiten über die Frage, ob die letzte Ausnahme, die der Codice Albertino vom Verbot gemacht hatte, auch ins neue Gesetz aufzunehmen sei. Es war dies da, wo die Vaterschaft aus einem auch nur privaten Schriftstück ersichtlich war, indem es ein Eingeständnis des Vaters enthielt, oder die Tatsache aufzeigte, dass der Schreiber aus seiner Vaterschaftsüberzeugung heraus für das Kind gesorgt hatte⁹⁰. Weil diese Möglichkeit einer Klage in den französisch inspirierten Privatrechten der ehemaligen Einzelstaaten nur im Codice Albertino vorgesehen war, lehnte es der Gesetzgeber ab, diese auch im neuen Gesetz zu berücksichtigen⁹¹. Es war darauf hingewiesen worden, es sei nicht angängig, einem formlosen Schriftstück die gleichen praktischen Wirkungen wie einer Anerkennung zu verleihen, wozu im Falle, wo das Schreiben konkludentes Handeln des behaupteten Vaters beweise, die Gefahr trete, einem Wohltäter fälschlicherweise die Vaterschaft zu überbinden⁹². Trotzdem hatte die Commissione die Coordinamento auf Vorschlag zweier ihrer Mitglieder in ihrem Vorschlag auch diese Möglichkeit einer Vaterschaftsklage vorgesehen, überzeugt von der Richtigkeit der

⁸⁷ «Il divieto delle indagini sulla paternità naturale è ormai un principio di diritto comune di tutti i popoli civili...» (Relazione della Commissione del Senato, cit. bei Gianzana, I, n. 88, S. 210).

⁸⁸ Cfr. Code Napoléon art. 340.

* Gianzana, S.: Codice civile coll'aggiunta delle leggi complementari, enthält in vol. I—III die sogen. lavori preparatori (Relazioni vol. I. Discussioni vol. II, Verbalì vol. III).

⁸⁹ Vgl. Relazione della Commissione del Senato (Gianzana, I, n. 88, S. 210 ff.) und Relazione sul progetto del I^o libro (Gianzana, I, n. 25, S. 27).

⁹⁰ Cfr. Codice Albertino art. 185.

⁹¹ Vgl. Relazione sul progetto del I^o libro (Gianzana, I, n. 25, S. 27 u. 28).

Ausführungen der Antragsteller, die darauf aufmerksam gemacht hatten, dass eine engherzige Regelung der Materie die Immoralität begünstigen würde und ausserdem wider die Gerechtigkeit wäre⁹³. Weil dieser Vorschlag den für die Reform bereits festgelegten Richtlinien widersprach, konnte er nicht zum Gesetz werden⁹⁴.

Hatte der Gesetzgeber das Verbot der Vaterschaftsklage damit begründet, dass es zum Schutze der legitimen Familie, der sozialen Ordnung und der öffentlichen Moral notwendig sei⁹⁵, so hatte er doch in art. 189 bestimmt, diese an sich missbilligte Klage solle da erlaubt sein, wo die aussereheliche Kindschaft die Folge einer Entführung (ratto) oder Vergewaltigung (stupro violento, violazione carnale) sei, weil hier der aussereheliche Verkehr unter Umständen öffentlicher und verbrecherischer Natur erfolgt sei. Ausserdem liessen die tatsächlichen Verhältnisse jeweils auf die Vaterschaft des Täters schliessen: «Sono eccettuati i soli casi dei reati di stupro violento e di ratto, quando coincidano col tempo del concepimento: in tali casi un fatto pubblico e criminoso porta gravissima presunzione di paternità contro il rapitore o lo stupratore...»⁹⁶.

Art. 189 sprach einfach von «ratto» und «stupro violento», ohne diese Begriffe näher zu umschreiben. Dieser Umstand war Anlass

⁹² «Ma parificare un timido e segreto riconoscimento al solenne e pubblico ordinato dalla legge ... parve troppo pericoloso nelle sue conseguenze» (cit. bei Gianzana, I, n. 25, S. 27).

«La più pura e santa beneficenza verso un infelice fanciullo, potrebbe essere un pretesto, un titolo per reclamare, colla pubblicità di un giudizio, una paternità inesistente» (cit. bei Gianzana, I, n. 25, S. 27 u. 28).

⁹³ Vgl. Verbalì della Commissione di Coordinamento (cit. bei Gianzana, III, n. 4, S. 93 ff).

⁹⁴ Zur Ablehnung der von der Kommission beschlossenen Regelung führte Justizminister Vacca in seinem Bericht an den König (Relazione al Re) aus: «Fuor di dubbio una tale innovazione non va guardata alla leggera, nè con poca sollecitudine: diremo anzi, ch'essa ci appare degnissima d'attenzione e di studio, che conducano più tardi ad una dichiarazione. Ma noi non osammo entrare in questa nuova via che ci additava la maggioranza della Commissione in presenza dell'art. 2 della legge 2. 4. 1865 di coordinamento che poneva limiti determinati all'azione riformatrice del potere esecutivo, interdicensi ogni qualsiasi disviamento dai principi direttivi di ogni materia» (cit. bei Costa, in: Il contenzioso ecclesiastico 1928, S. 19).

⁹⁵ «Il divieto delle indagini sulla paternità... è un principio..., fondato sopra il riposo delle famiglie, sopra la tutela della riputazione dei cittadini contro imprudenti attacchi, e sopra la pubblica morale.» (La Commissione del Senato, cit. bei Borsari, I, § 455, S. 707.)

«Il divieto delle indagini sulla paternità è una tutela della stabilità e del decoro delle famiglie.» (Relazione dal Guardasigilli Pisanelli, cit. bei Gianzana, I, n. 25, S. 27.)

⁹⁶ La Commissione del Senato, cit. bei Borsari, I, § 455, S. 707.

zur Frage, wie weit diese Begriffe zu fassen seien, wobei die Interpretation des Wortes «ratto» besondere Schwierigkeit bot, weil «ratto» im Gegensatz zu «stupro» nicht einmal als «violento» bezeichnet war. Kardinalfrage war, ob der Begriff dem Strafrecht zu entnehmen sei, oder ob er einer eigenen zivilrechtlichen Umschreibung bedürfe. Jene, die sich gegen die Zuhilfenahme des strafrechtlichen Tatbestandes aussprachen, zu deren Vertreter vor allem Bianchi⁹⁷ gehörte, folgten der französischen Doktrin, die eindeutig den Standpunkt einnahm, es sei nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen auf das Strafrecht zu verweisen⁹⁸. Diese Meinung war für das napoleonische Recht deshalb zutreffend, weil bei Einführung des Code civil im damaligen französischen Strafrecht nur die Entführung einer Minderjährigen unter vierzehn Jahren als Entführung galt und dieser Tatbestand, wegen der grossen Unwahrscheinlichkeit einer Schwangerschaft des jugendlichen Opfers, praktisch nie als Voraussetzung für eine Vaterschaftsklage hätte dienen können⁹⁹. Anders das italienische Recht; hier waren in sämtlichen Strafgesetzbüchern, die je unter der Herrschaft des Codice civile von 1865 Geltung hatten, alle Varianten der Entführung berücksichtigt: die Entführung durch Gewalt, Täuschung oder List, sowie jene mittels Verführung, falls das Opfer minderjährig war¹⁰⁰; ausserdem waren im Zivilrecht die gleichen termini technici «ratto» und «stupro violento» wie im Strafrecht verwendet. Diese Tatsachen und der Umstand, dass in den lavori preparatori von Entführung und Vergewaltigung als von «fatti pubblici e criminosi» die Rede war¹⁰¹, bildeten den Ausgangspunkt für die Meinung, art. 189 des Codice civile verweise auf die strafrechtlichen Tatbestände¹⁰². Dies war, wenigstens von 1889 weg, in welchem Jahre ein einheitliches Strafgesetzbuch für Italien in Kraft trat¹⁰³, die herrschende Mei-

⁹⁷ Bianchi, F. S.: Corso di Codice civile italiano (Torino 1908).

⁹⁸ Bianchi, VI, 2, n. 135, S. 348 ff. Vgl. dort S. 348 unter Anm. 1 cit. französische Autoren.

⁹⁹ Pacifici, VII, 2, S. 90, Anm. 1.

¹⁰⁰ Vgl. Codice penale sardo von 1859, art. 493, 494.

Codice penale toscano von 1853, art. 284—288.

Codice penale italiano von 1889, art. 340, 341.

Codice penale italiano von 1930, art. 522—524 und 573.

¹⁰¹ Relazione dal Guardasigilli, cit. bei Gianzana, I, n. 25, S. 27.

¹⁰² Vgl. Pacifici, VII, 2, S. 90, Anm. 1.

¹⁰³ Bis 1889 hatte der Codice penale sardo vom Jahre 1859 im Königreich Geltung, ausser in der Toscana, wo der Codice penale toscano vom Jahre 1853 in Kraft war. (Nuovo Digesto Italiano, V. Codice penale, S. 242.)

nung¹⁰⁴. Die Frage, welches Strafgesetzbuch massgebend sein solle, ob jenes, das bei Inkrafttreten des Codice civile gegolten hatte, oder ein später entstandenes, wurde mehrheitlich dahin beantwortet, dass jenes Strafgesetzbuch herangezogen werden müsse, das bei Begehung der Tat rechtskräftig gewesen sei¹⁰⁵.

War der objektive Tatbestand des Strafrechtes erfüllt und fiel die verbrecherische Handlung in jene Zeit vor Geburt des unehelichen Kindes, in welcher die Empfängnis hatte erfolgen müssen¹⁰⁶, so waren damit die von art. 189 für eine Vaterschaftsklage gestellten Bedingungen erfüllt, da eine vorgängige strafrechtliche Beurteilung des Verbrechens nicht Voraussetzung war¹⁰⁷.

So war eine Vaterschaftsklage möglich, wenn die Mutter vergewaltigt worden war, wobei die Gewalt physisch (*violenza fisica*), psychisch (*violenza morale*) oder auch nur vermutet sein konnte (*violenza presunta*), dies dann, wenn z. B. das Opfer besonders jung oder von minderer körperlichen Widerstandsfähigkeit (geistige oder körperliche Krankheit) war¹⁰⁸. Ebenso war die Klage

¹⁰⁴ Ciciu, S. 129 und dort in Anm. 2 cit. Literatur und Urteile.

¹⁰⁵ Cass. 6. April 1932, Scidà c. Lo Faro (cit. in Foro italiano, Repertorio, 1932, V. Filiazione, n. 53).

App. Milano 25. Nov. 1932, M. S. c. R. S. (cit. in Temi lombarda 1933, 166).

«La legge penale all'uopo applicabile è quella vigente al tempo in cui il ratto fu commesso», Cass. 24. Februar 1941 (cit. in La Giurisprudenza italiana e la Legge 1941, I, 1, 376).

¹⁰⁶ Zur Errechnung dieser Zeitspanne wurde art. 160 («Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di cento ottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio nè dopo trecento dallo scioglimento o annullamento di esso») per analogiam angewandt.

«... è opinione prevalente che la presunzione ... valga come presunzione juris tantum nei casi in cui la determinazione della data del concepimento non sia connessa con la questione di legittimità. ... ciò va inteso che in tutti gli altri casi in cui interessa stabilire la data del concepimento esso può ritenersi avvenuto nel periodo fra il 180^o giorno ed il 300^o prima della nascita, rimanendo possibile provare che nel caso concreto il concepimento è avvenuto in un determinato momento di quel periodo.» (Ciciu, S. 21, 22 und vgl. dort S. 130, Anm. 6.) In gleichem Sinne: Cass. 24. Februar 1941 (cit. in La Giurisprudenza italiana e la Legge 1941, I, 1, 376, vgl. dort auch in Anm. 4—5 angeführte Entscheidungen) contra: Dusi, n. 17, S. 21.

¹⁰⁷ Nuovo Digesto Italiano, V. Paternità (ricerca della), n. 2, S. 529. Pacifici, VII, 2, S. 89, Anm. i; Ciciu, S. 130.

¹⁰⁸ Vgl. Ronga, S. 142. Codice penale toscano art. 280, Codice penale sardo art. 489, 490. (Zu diesen zwei Strafgesetzbüchern vgl. Nuovo Digesto Italiano, V. violenza carnale, S. 1070.)

Codice penale 1889 art. 331: «Chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona ... a congiunzione carnale...

... chi si congiunge carnalmente con persona ..., la quale al momento del fatto:

möglich, wenn die Mutter durch Gewalt, Täuschung oder List und, wenn sie minderjährig war, auch durch blosse Verführung entführt worden war¹⁰⁹. Einzig unter diesen Umständen war eine Vater-

¹⁰ non abbia compiuto gli anni dodici;

²⁰ non abbia compiuto gli anni quindici, se il colpevole ne sia l'ascendente, il tutore o l'istitutore;

³⁰ essendo arrestata, o condannata, sia affidata al colpevole per ragione di trasporto o di custodia;

⁴⁰ non sia in grado di resistere, per malattia di mente o di corpo o per altra causa indipendente dal fatto del colpevole, ovvero per effetto di mezzi fraudolenti da esso adoperati.»

Codice penale 1930 art. 519 und 520. Art. 519: «Chinque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale...

... chi si congiunge carnalmente con persona la quale al momento del fatto:

¹⁰ non ha compiuto gli anni quattordici;

²⁰ non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole ne è l'ascendente o il tutore, ovvero è un'altra persona a cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, d'istruzione, di vigilanza o di custodia;

³⁰ è malata di mente, ovvero non è in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole;

⁴⁰ è stata tratta in inganno, per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.»

Art. 520: «Il pubblico ufficiale, che, fuori dei casi preveduti dall'articolo precedente, si congiunge carnalmente con una persona arrestata o detenuta, die cui ha la custodia per ragione del suo ufficio, ovvero con persona che è lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente...

... se il fatto è commesso da un altro pubblico ufficiale, rivestito, per ragione del suo ufficio, di qualsiasi autorità sopra taluna delle persone suddette.»

¹⁰⁹ Codice penale toscano art. 284—288. Codice penale sardo art. 493, 494. (Zu diesen zwei Strafgesetzbüchern vgl. Nuovo Digesto Italiano, V. ratto, S. 1124.)

Codice penale 1889 art. 340 u. 341,

art. 340: «Chiunque, con violenza, minaccia od inganno, sottrae o ritiene, per fine di libidine o di matrimonio, una donna maggiore di età o emancipata...

art. 341: «Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di libidine o di matrimonio, una persona di età minore, ovvero per fine di libidine una donna conjugata...

Se la persona minore sia sottratta o ritenuta senza violenza, minaccia o inganno, ma col suo consenso...*

Se la persona rapita non abbia compiuto gli anni dodici... ancorchè non faccia uso di violenza, minaccia o inganno....»

* Ob bei Vorliegen dieses Tatbestandes (sogen. ratto consensuale oder ratto improprio) auch eine Vaterschaftsklage möglich sei, darüber war Rechtsprechung und Doktrin nie zu einer eindeutigen Entscheidung gelangt. Die einen sprachen sich für eine Vaterschaftsklage aus, weil dieser Tatbestand im Strafgesetzbuch unter der Marginale «ratto» eingeordnet sei, während ihre Gegner geltend machten, es handle sich dabei nicht um das Verbrechen der Entführung, sondern um ein Delikt gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt, welch letztere Meinung insofern eine Bestätigung fand, als dieser Tatbestand vom Strafrechtsgesetzgeber von 1930 unter das Kapitel: «Dei delitti

schaftsklage möglich, da in art. 189 die Klagemöglichkeiten in abschliessender Weise aufgezählt waren, wobei der Ausnahmecharakter der Klage zu einer restriktiven Interpretation zwang¹¹⁰. Ueberall da, wo der behauptete Vater nicht Täter beim Verbrechen der Entführung oder der Vergewaltigung war, hatte das Verbot des art. 189: *Le indagini sulla paternità non sono ammesse, volle Wirkung*, in dem Sinne, dass es zum Vor- oder Nachteil eines jeden, der an einer richterlichen Feststellung der Vaterschaft interessiert war, galt¹¹¹. Immerhin erlaubte eine konstante Gerichtspraxis einem Kläger, der nicht beabsichtigte die Vaterschaftsfeststellung zum Gegenstand des Urteils zu machen, die Vaterschaft zu beweisen, sofern dieses notwendig werde in der Verfolgung seiner von einer Vaterschaftsfest-

contro l'assistenza familiare» eingereiht wurde (art. 573, sottrazione consensuale di minorenni).

Für eine Vaterschaftsklage bei Vorliegen dieses Tatbestandes:

Ronga, S. 143, n. 102.

Cass. 24. Februar 1941 (cit. in *La Giurisprudenza italiana e la Legge 1941*, I, 1, 376).

Rivista di diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia 1941, S. 49;

Contra:

Dusi, S. 672.

Crisafulli, in *Digesto Italiano*, XI, 2, S. 277.

Cass. Palermo, 23. Juli 1903 (cit. in *Monitore dei Tribunali* 1903, 867).

Morvidi in der Kritik zum Urteil Trib. Pisa, 30. Juli 1940, Citi c. Fretini e Stefani (cit. in *Rivista di diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia*, S. 51).

Codice penale 1930, art. 522—524,

art. 522: «Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di matrimonio una donna non conjugata...»

art. 523: «Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di libidine, un minore, ovvero una donna maggiore di età...»

art. 524: «... chi ... senza violenza, minaccia o inganno, in danno di persona minore degli anni quattordici o malata di mente, o che non sia, comunque, in grado di resistergli, a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole.»

¹¹⁰ Die Klagemöglichkeiten sind limitativ aufgezählt: Marino, S. 468 — Ricci, S. 106 — Pacifici, VII, 2, S. 22. Art. 189 bedarf einer restriktiven Interpretation: Dusi, S. 670 — Pacifici, VII, 2, S. 90, Anm. 1 — Bianchi, VI, 2, n. 134, S. 347.

¹¹¹ Z. B. konnte niemand die Vaterschaft des Adoptierenden zum Adoptierten beweisen, wenn auch jener entgegen art. 205 («I figli nati fuori di matrimonio non possono essere adottati dai loro genitori») sein aussereheliches, von ihm nicht anerkanntes Kind adoptiert hatte. (Pacifici, VII, 2, S. 23.) Für weitere Beispiele vgl. Bianchi, VI, 2, n. 132^{bis}, S. 340 ff. — Vignali, § 725 — Dusi, S. 654.

Ueber den absoluten Charakter des Verbotes vgl. besonders: Bianchi, VI, 2, n. 132^{bis}, S. 342; Pacifici, VII, 2, S. 23 ff. und S. 24, Anm. 1 und n.

stellung verschiedenen Ziele. So hat z.B. das Appellationsgericht von Perugia einer Amme, die beim Stillen mit Syphilis infiziert worden war und nun gegen den ausserhehlichen Vater eine Schadenersatzklage angestrengt hatte, erlaubt, das schuldhafte Verhalten des Vaters, der hätte wissen sollen, dass sein Kind erblich syphilitisch sei, zu beweisen, welcher Beweis gezwungenermassen den Vaterschaftsbeweis in sich schloss. Das Gericht führte dazu aus, dass Ziel der Klage nicht die Feststellung der Vaterschaft sei, sondern Ersatz des entstandenen Schadens und somit das Verbot des art. 189 nicht wirksam sei ¹¹².

Von besonderer praktischer Bedeutung war die Beantwortung der Frage nach der Wirksamkeit des Verbotes von art. 189 im Zusammenhang mit art. 1151. Dieser bestimmte: «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.» Gestützt auf diesen art. 1151 gewährten die Gerichte eine Schadenersatzklage wegen Verführung, falls diese Schaden verursacht hatte ¹¹³. Durfte der Richter gestatten, dass die Klägerin, falls sie vom Verführer geschwängert worden war, die Vaterschaft des Verführers beweise, um damit auch die Schwangerschaft und deren Folgen mit in den Schadenersatzanspruch einzubeziehen? Die Gerichtspraxis zeigt, dass diese Frage in positivem Sinne beantwortet wurde: «Non è di ostacolo alla azione diretta ad ottenere tale risarcimento il divieto della ricerca della paternità, sancito nel nostro diritto. — ... perchè l'indagine vietata è unicamente quella che tende esclusivamente e direttamente alla contestazione del rapporto di filiazione, non quella eventuale e indiretta che possa sorgere in un giudizio avente di mira un oggetto diverso» ¹¹⁴: «Il divieto di ricerca della paternità, di cui all'art. 189, non può essere opposta alla donna che reclama i danni per la seduzione. — ... La constatazione dei fatti non spiega il suo effetto al di là del giudicato sui danni e se, indirettamente, ne risulta una paternità, la conseguenza è tanto poco repressa dalla legge, che essa, a fini limitati, la prevede ed espressamente anzi la riconosce

¹¹² App. Perugia, 7. März 1907 (cit. bei Cicu, La filiazione (Milano 1927), S. 206).

¹¹³ «La seduzione in quanto produce danno alla sedotta, rientra nella grande categoria degli illeciti civili, disciplinati dall'art. 1151 dal quale pertanto giova prendere le mosse.» (Otello, G.: Seduzione e responsabilità civile, in Responsabilità civile e Previdenza, S. 73; 1936.)

¹¹⁴ Cass. 31. Mai 1924, S. c. R. (cit. in Corte di Cassazione, S. 1274).

(art. 193)»¹¹⁵. Diese Gründe, die die Gerichte veranlasst hatten, im Schadensfalle der bei Verführung Geschwängerten, zur Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche den Beweis der Vaterschaft des Beklagten zu gestatten, waren von der Doktrin mehrheitlich abgelehnt worden¹¹⁶.

Die Vaterschaftsklage, an sich schon nur in engem Rahmen möglich, wurde durch art. 193 in Verbindung mit art. 180 noch weiter in ihrer Anwendbarkeit beschränkt, indem nur einfach-natürliche Kinder sich ihrer bedienen konnten: «Nei casi in cui il riconoscimento è vietato, il figlio non è mai ammesso a fare indagini, nè sulla paternità nè sulla maternità» (art. 193 Abs. 1); und art. 180 bestimmte, dass blutschänderische und ehebrecherische Kinder von ihren Eltern nicht anerkannt werden dürften¹¹⁷. Auch das Verbot

¹¹⁵ Cass. 7. Oktober 1927, D'Alessandro c. Intorti (cit. in Corte di Cassazione 1927, S. 1522).

art. 193 Ziff. 1: «... il figlio naturale avrà sempre azione per ottenere gli alimenti.

¹⁰ Se la paternità risulti indirettamente da sentenza civile o penale, ...»

¹¹⁶ Dusi weist in seinem Werk: *Filiazione*, darauf hin (n. 143, S. 641 ff.), dass der Gesetzgeber in beiden Artikeln, wo er ein Verbot für die Vaterschaftsklage ausspreche (art. 189: «Le indagini sulla paternità non sono ammesse ...» und art. 193: «Nei casi in cui il riconoscimento è vietato, il figlio non è mai ammesso a fare indagini... sulla paternità...») den Ausdruck «*indagini*» verwendet habe, ein allgemeiner Begriff also, der kurzweg jegliche Erforschung in sich schliesse, somit auch da, wo die Erforschung der Vaterschaft nicht deren Feststellung als Gegenstand des Urteils bezwecke. Eine indirekte Feststellung der Vaterschaft in einem Urteil sei dennoch möglich, ohne gegen das Verbot zu verstossen, nämlich da, wo eine besondere gesetzliche Vorschrift dies erlaube, z. B. da, wo ein Kind auf Grund von art. 174 seinen ehelichen Status beweisen wolle, der behauptete Vater aber den ihm von art. 176 gewährten Gegenbeweis liefern könne, ein anderer sei Vater*.

Ähnlich: Ronga, n. 48 — Boniva, II, S. 68 — Vignali, § 738, S. 534, vgl. auch für das französische Recht in gleichem Sinne: Laurent, IV, ¹n. 92, S. 138.

Zu dieser Rechtsprechung, die die Vaterschaftsfeststellung *contra legem* in diesem Falle gestattete, meint Pacifici (VII, 2, S. 93, Anm. n): «La giurisprudenza, ispirata forse più dal sentimento che dal rigore dei principii, nega che l'azione trovi ostacolo nell'art. 189.»

¹¹⁷ Art. 180: «Non possono però essere riconosciuti

¹⁰ I figli nati da persone, di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata in matrimonio con altra persona.

²⁰ I figli nati da persone fra le quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela, o di affinità in linea retta in infinito, o per vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado.»

* Art. 176: «La prova contraria può darsi con tutti i mezzi propri a dimostrare che il reclamante... non sia figlio del marito della madre, quando fosse provata la maternità.»

des art. 193 war seiner Natur nach gleich wie jenes des art. 189 und galt deshalb zum Nachteil und zu Gunsten des Kindes¹¹⁸.

War es Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Erforschung dieser von der Moral besonders missbilligten Abstammung gänzlich zu untersagen, so stellte er sich doch auf den Standpunkt, dass, falls diese Abstammung rein zufällig in rechtlich relevanter Weise festgestellt werde, sich daran als Rechtsfolge wenigstens ein Alimentationsanspruch des Kindes knüpfen müsse: «Mentre la causa della morale e della decenza pubblica non solo interdice ai frutti di condannati accoppiamenti ogni ricerca dei turpi loro genitori, ma li priva pur anche del beneficio del riconoscimento, la causa dell'umanità reclama tuttavia che nei casi in cui la filiazione di codesti sventurati viene ad emergere in modo indubitato senza la loro opera — cioè senza che abbiano mosse indagini sulla paternità... — ad essi si permetta di giovare per ottenere gli alimenti dagli autori della loro miseria esistenza... si tratta del solo diritto sacro degli alimenti...»¹¹⁹. Wann sich eine solche Vaterschaftsfeststellung ohne Anerkennung oder Feststellung durch den Richter in rechts-erheblicher Form ergeben konnte, hatte der Gesetzgeber in art. 193 Absatz 2 in kasuistischer Aufzählung limitativ festgelegt¹²⁰:

- 1^o Se la paternità... risulti indirettamente da sentenza civile o penale;
- 2^o Se la paternità... dipenda da un matrimonio dichiarato nullo;
- 3^o Se la paternità... risulti da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori.

Die Tatsache der Abstammung ex damnato coitu konnte überall da aus einem Urteil ersichtlich sein, wo der Gesetzgeber ein Interesse zu schützen beabsichtigt hatte, das zu wahren ihm gewichtiger erschienen war, als jenes der Nichtfeststellung der Vaterschaft, welche Absicht sich jeweils aus besonderer Gesetzesvorschrift ersehen liess. Eine solche Ermächtigung zur Erforschung der Vaterschaft war z. B. in art. 165 enthalten, der dem Ehemann das Recht einräumte die Ehelichkeit eines in der Ehe geborenen Kindes durch den Beweis des Ehebruches der Ehefrau gerichtlich aberkennen zu

¹¹⁸ Pacifici, VII, 2, S. 44.

¹¹⁹ Rede von Vignali vor dem Senat (cit. bei Bianchi, VI, 2, S. 548), art. 193, Abs. 2: «Tuttavia il figlio naturale avrà sempre azione per ottenere gli alimenti, 1^o Se la paternità...»

¹²⁰ Bianchi, VI, 2, n. 166, S. 551.

lassen, falls diese ihm die Geburt verheimlicht hatte. Das Urteil, das diese Klage guthiess, musste notwendigerweise die Feststellung der wirklichen Abstammung des Kindes enthalten. Die gleiche Ermächtigung enthielt art. 176, der dem als ehelichen Vater in Anspruch genommenen erlaubte zu beweisen, ein anderer sei Vater. Die Gerichtspraxis erachtete auch ein Urteil, das der ausserehelichen Mutter Schadenersatz wegen Schwangerschaft zusprach als ein solches im Sinne von art. 193, Ziff. 1. In einem Strafprozess konnte sich beispielsweise das Abstammungsverhältnis aus einem Urteil ergeben, das einen Abtreibungsversuch zum Gegenstand hatte, bei welchem das Kind unversehrt geblieben war oder ebenso bei einem Kindsmordversuch. Ausser in diesen Fällen, wo keine Verletzung des Verbotes der Feststellung der Vaterschaft vorlag¹²¹, war es aber möglich, dass in einem Urteil infolge Tatsachen- oder Rechtsirrtums eine solche Feststellung enthalten war und, falls es schon in formelle Rechtskraft erwachsen war, in die Kategorie der von art. 193 Ziff. 1 genannten Urteile gehörte¹²².

Damit die Kinder aus einer Putativehe überhaupt natürliche sein konnten, sei es nun einfach-natürliche oder ex damnato coitu, war Voraussetzung, dass beide Eltern bei Eheschluss bösgläubig gewesen waren, da sonst die Kinder, falls nur einer der Ehegatten gutgläubig gewesen war, gemäss art. 116 den Status ehelicher Kinder hatten¹²³. Die Kinder waren ehebrecherische oder blutschänderische im Sinne von art. 193 Ziff. 2, wenn der Nichtigkeitsgrund der Ehe in der in art. 180 umschriebenen Verwandtschaft oder Schwägerschaft bestand, oder mindestens ein Elternteil schon mit einem Dritten verheiratet war, also nicht schon dann, wenn ein Eehindernis zwischen den Eltern bestanden hatte, das durch königlichen Dispens¹²⁴ hätte aufgehoben werden können¹²⁵. Deshalb waren die Kinder nur

¹²¹ Ausser bei Vorliegen eines Urteils betr. Schadenersatz. Vgl. oben Anm. 116.

¹²² Vgl. zu diesen und für weitere Beispiele Dusi, n. 172, S. 747 ff. — Pacifici, VII, 2, S. 44 ff. — Bianchi, VI, 2, n. 167, S. 551 ff.

¹²³ Art. 116: «Il matrimonio dichiarato nullo, qualora sia stata contratto in buona fede, produce gli effetti civili...»

Se uno solo dei coniugi sia in buona fede, il matrimonio non produce gli effetti civili, se non in favore di lui e dei figli.»

Vgl. Pacifici, VII, 2, S. 45.

¹²⁴ Cfr. art. 59 und art. 68.

¹²⁵ «L'articolo 193 suppone un matrimonio dichiarato nullo nei casi in cui il riconoscimento è vietato cioè nei casi indicati nel precedente articolo 180: ...» (Bianchi, VI, 2, n. 168, S. 558.)

dann blutschänderische, wenn zwischen den Eltern Verwandtschaft oder Schwägerschaft in direkter Linie, oder Verwandtschaft in der Seitenlinie bis zum zweiten Grad bestand¹²⁶; so waren z. B. die Kinder aus einer Ehe zwischen Onkel und Nichte, Tante und Neffe, einfach-natürliche, wie auch alle andern aus einer bösgläubig geschlossenen Ehe, deren Nichtigkeitsgrund nicht Bigamie oder Inzest war¹²⁷.

Der dritte in art. 193 erwähnte Fall war gegeben, wenn der Vater seine Verwandtschaft schriftlich eingestanden hatte: «Se la paternità . . . risulti da esplicita dichiarazione per iscritto». Da das Gesetz keine bestimmte Form für das Schriftstück vorschrieb, konnte das Eingeständnis in öffentlicher Urkunde, oder auch bloss in privatem Schriftstück enthalten sein. Einziges gesetzliches Erfordernis war, dass das Eingeständnis «esplicita» — «klar, bestimmt» — sei und die Gerichtspraxis betrachtete diese Bedingung als erfüllt, wenn die Vaterschaftsüberzeugung allein aus dem Schreiben ersichtlich war, ohne Berücksichtigung anderer diesen Beweis evtl. ergänzender Tatsachen¹²⁸. Insbesondere war es nicht erforderlich, dass das Anerkenntnis nur aus einem Schreiben ersichtlich sei — es konnte z. B. aus mehreren Briefen hervorgehen — oder dass Kind oder Mutter Adressat seien¹²⁹, auch war es gleichgültig, welchen Zweck der Schreiber damit verfolgt hatte, m. a. W. dieser musste nicht die Absicht gehabt haben seine Vaterschaft einzugestehen¹³⁰.

Rechtsprechung und Doktrin waren sich immer einig in der Auffassung, dass sich nicht nur das blutschänderische oder ehebrecherische Kind einer Vaterschaftsfeststellung nach Massgabe der in art. 193 umschriebenen Form zum Zwecke einer Alimentations-

¹²⁶ Art. 180: (un) «vincolo di parentela o di affinità in linea retta in infinito, o . . . (un) vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado.»

Die Gradzählung erfolgte wie im römischen Recht nach Zahl der notwendigen Zeugungen: art. 49.

¹²⁷ Bianchi, VI, 2, n. 168, S. 558, cfr. Cicu, S. 164 ff.

¹²⁸ «Per 'dichiarazione esplicita', a senso e per gli effetti dell'art. 193, n° 30, è da intendersi quella da cui la paternità . . . risulti in modo palese, ancorchè non letteralmente espresso, senza bisogno d'altri elementi di prova e specialmente di congetture.» (Bianchi, VI, 2, n. 169, S. 565, und dort in Anm. 1 zitierte Urteile.) — Pacifici, VII, 2, S. 46. Cass. Palermo, 27. Oktober 1896 (cit. in *Monitore dei Tribunali*, 1896, 726).

App. Firenze, 9. Dezember 1902 (cit. in *Il Foro italiano*, 1903, I, 296).

¹²⁹ Cicu, S. 166, und dort in Anm. 5 cit. Urteile.

¹³⁰ Pacifici, VII, 2, S. 115, Anm. bb und dort cit. Urteile; Bruno, S. 83 zu art. 193, Anm. 1 und dort cit. Urteile; Cicu, S. 165.

klage sollte bedienen können, sondern auch das einfach-natürliche, sofern es nicht anerkannt war oder dessen Abstammung nicht im Wege einer Vaterschaftsklage geltend gemacht werden konnte¹³¹. Daraus und aus der Tatsache, dass die Voraussetzungen zu einer Alimentationsklage nicht auch solche für eine Vaterschaftsklage waren, ergab sich die für das italienische Recht charakteristische Normierung, nämlich, dass, wenigstens für die einfach-natürlichen Kinder, die Rechtsfolgen einer festgestellten Vaterschaft verschiedenen sein konnten: war diese in einem Urteil, das eine Klage aus art. 189 guthieß, enthalten, so knüpften sich daran unmittelbar Standesfolgen¹³²: Das Kind erhielt den Namen des Vaters¹³³, kam unter dessen Vormundschaft (*tutela legale*)¹³⁴, hatte Anspruch auf Unterhalt und Erziehung¹³⁵, trat in ein gegenseitiges erbrechtliches Verhältnis zum Vater¹³⁶ und ebenso in ein gegenseitiges Unterstützungsverhältnis¹³⁷; war aber die Vaterschaft nur in einer Form, wie sie art. 193 verlangte, festgestellt, so war unmittelbare Rechtsfolge nur die Berechtigung auf eine Alimentationsklage und erst mittelbar die Alimentationspflicht des Vaters.

Diese gesetzliche Regelung der Vaterschaftsklage bildete den Abschluss der Rechtsentwicklung, die ihren Anfang mit Einführung des Code Napoléon in Italien genommen hatte. Wohl erkennt man

¹³¹ Pacifici, VII, 2, S. 49 — Bianchi, VI, 2, S. 168 ff. — Cicu, S. 155 — Urteile in diesem Sinne:

Cass. Napoli, 1. April 1887 (cit. in *Il Foro italiano*, 1887, I, 418) und App. Torino, 2. Februar 1885 (cit. in *Il Foro italiano*, 1885, I, 384).

¹³² Die Rechtsfolgen waren die gleichen, wie bei der Anerkennung art. 192: «La sentenza che dichiara la filiazione naturale, produce gli effetti del riconoscimento.»

¹³³ Art. 185: «Il figlio naturale assume il nome di famiglia del genitore...»

¹³⁴ Art. 184: «Il genitore... ha la tutela legale durante la minore età.»

¹³⁵ Art. 186: «Il genitore è tenuto a mantenere, educare, istruire ed avviare ad una professione o ad'un arte il figlio naturale.»

¹³⁶ Libro III^o, titolo II, capo I, sezione IV: «Della successione dei figli naturali» art. 743—752.

Art. 743: «I figli naturali non hanno diritto alla successione dei genitori, quando la loro filiazione non sia legalmente riconosciuta o dichiarata.»

Art. 750: «Se il figlio naturale muore senza lasciar prole nè coniuge, la sua eredità è devoluta a quello dei genitori... del quale sia stato dichiarato figlio...»

¹³⁷ Art. 187: «Il figlio naturale deve gli alimenti al genitore, quando questi non abbia ascendenti o discendenti legittimi o coniuge che siano in grado di somministrarglieli.»

Ebenso wurde der Vater unterstützungspflichtig, falls das uneheliche Kind bedürftig war und weder Gatte noch Nachkommen in der Lage waren es zu unterstützen: art. 186, Abs. 1.

ohne weiteres auch im Codice civile von 1865 das französische Vorbild im grundsätzlichen Verbot der Vaterschaftsklage, und wo überhaupt möglich, ihre Ausgestaltung als Standesklage, doch liegt eine bemerkenswerte Leistung des damaligen Gesetzgebers darin, dass er neben der Standesklage, die ja nur für das aussereheliche Kindsverhältnis der einfach-natürlichen anwendbar war, auch eine Alimentationsklage unterschiedslos für alle Ausserehelichen gültig vorgesehen hat und damit jene Gesetze der italienischen Einzelstaaten, die eine Vaterschaftsklage frei zugelassen hatten, wesentlich berücksichtigte. So hat der italienische Gesetzgeber, wie der schweizerische fast ein halbes Jahrhundert später, das französische System mit jenem der Alimentationsklage verbunden: während aber der schweizerische Gesetzgeber dem Alimentationssystem den Vorzug gab und die Vaterschaftsklage unbeschränkt gestattete¹³⁸, hat der italienische Gesetzgeber dieses System dem französischen unterstellt und nach letzterem zugeschnitten, indem er auch diese Klage nur auf wenige Fälle beschränkte und wo die Vaterschaft mit grösster Wahrscheinlichkeit festgestellt war, gestattete. Aus dem Umstand, dass der italienische Gesetzgeber hauptsächlich der französischen Auffassung über die Klage als Korrelativ zur Anerkennung gefolgt war, erklärt sich auch, weshalb die Vaterschaftsklage, soweit überhaupt zulässig, in der Regel Standesklage war und die Alimentationsklage die Ausnahme davon bildete, während im ZGB gerade umgekehrt dazu, die Standesklage Ausnahmecharakter hat¹³⁹. Zu dieser Massnahme, die Standesklage nur auf bestimmte Fälle zu beschränken, hatte sich der schweizerische Gesetzgeber durch die Tatsache veranlasst gesehen, dass die Vaterschaft nicht immer mit gleicher Sicherheit festzustellen sei und die Standesklage deshalb nur da gerechtfertigt sei, wo die Feststellung mit erhöhter Bestimmtheit erfolgen könne¹⁴⁰, eine Auffassung also, die auch für den italienischen Gesetzgeber massgebend gewesen war, die Vaterschaftsklage zu beschränken! In diesem Punkt liegt das charakteristische der romanischen Auffassung von der Vaterschaftsklage und

¹³⁸ Art. 302 und 307 ZGB.

¹³⁹ Art. 323 ZGB: «Mit Standesfolge wird auf Begehren des Klägers das Kind dem Beklagten zugesprochen, wenn dieser der Mutter die Ehe versprochen, oder sich mit der Beiwohnung an ihr eines Verbrechens schuldig gemacht oder die ihm über sie zustehende Gewalt missbraucht hat.»

¹⁴⁰ Egger, Vorbemerkung, n. 3, S. 401.

deren Wirkungen: Feststellung der Vaterschaft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, dann aber grundsätzliche Gleichstellung der unehelichen mit den ehelichen Kindern, wenn aber die Abstammung nicht mit solcher Sicherheit feststellbar ist, dann darf dem vermutlichen Vater nicht einmal eine Alimentationspflicht zugemutet werden. Hier findet man also nichts mehr von der gemeinrechtlichen Doktrin, nach welcher Rechtsgrund der Klage nicht die Abstammung, sondern das Delikt des ausserehelichen Verkehrs war.

4. Abschnitt

DIE REFORMBEWEGUNG SEIT 1865

War es Ansicht des französischen und mit ihm des italienischen Gesetzgebers gewesen, durch das Verbot der Vaterschaftsklage könne die Zahl der Unehelichen vermindert werden, weil sich die Frauen grössere Zurückhaltung auferlegen würden in Anbetracht der Tatsache, dass sie eventuell die Folgen eines ausserehelichen Verkehrs allein zu tragen hätten, so wurde diese Auffassung wie in Frankreich so auch in Italien durch die Tatsache widerlegt, dass die Zahl der ausserehelichen Geburten ständig zunahm ¹⁴¹.

Ueber die Folgen der gesetzlichen Normierung, die in den meisten Fällen eine Vaterschaftsklage unmöglich machte, schrieb F. Costa 1928 in einem Aufsatz über die Vaterschaftsklage und deren Reformbedürftigkeit: «... Si calcola che 1,80 % di questi (der Ausser-ehelichen, deren Zahl er auf ca. 35 000 pro Jahr schätzt) disgraziati soccomba nei brefotrofi, sull'alba della vita, ed i superstiti di questa strage dell'innocenti vanno spesso a popolare gli ospedali, i manicomi, le carceri e hanno un contributo notevole alla statistica dei suicidi ¹⁴².» Diese mindere Lebenstüchtigkeit der Unehelichen war wohl zur Hauptsache die Folge materieller und moralischer Verwahrlosung, die besonders da gross sein musste, wo das Kind nur zur Mutter oder überhaupt zu keinem der Eltern Beziehung hatte. Das Gesetz bot sogar noch Hand dazu, uneheliche Kinder der Verwahrlosung auszusetzen: einerseits mittelbar, indem sich viele Mütter ausserstande sahen, allein für das Kind zu sorgen und wegen des Verbotes der Vaterschaftsklage den Vater nicht in Anspruch neh-

¹⁴¹ Vgl. Ferraris, S. 56.

¹⁴² Costa, in *Contenzioso ecclesiastico* 1928, S. 27.

men konnten, die Kinder also der öffentlichen Hand zur Last fallen mussten, und anderseits unmittelbar, indem es der Mutter erlaubte, das Kind als «nato da donna che non consente d'essere nominata» in das Geburtsregister eintragen zu lassen¹⁴³. Jene aber, die sich nicht über ihre moralischen Pflichten hinwegsetzen wollten, sahen sich nur zu oft gezwungen, sich zu prostituieren, um so den Unterhalt für sich und das Kind zu verdienen: «La donna sola, abbandonata col frutto del suo peccato, respinta da tutti senza soccorso alcuno, è troppo spesso spinta al commercio infame per guadagnare la vita¹⁴⁴.»

Wurde durch die Normierung der Vaterschaftsklage die Zahl der Kinder ohne Eltern, die unter den schlechtesten Bedingungen in Waisenhäusern und caritativen Instituten untergebracht waren, erhöht, so erscheint diese Tatsache besonders bedenklich, wenn man ausserdem berücksichtigt, wie wenig vom Institut der Anerkennung Gebrauch gemacht wurde. Ferraris kam in seiner Arbeit: *Natalità illegittima*, in welcher er das Problem der ausserehelichen Kinderschaft vor allem von der soziologischen Seite her betrachtete, zu folgenden Feststellungen:

Lebendgeborene Aussereheliche und Ausgesetzte¹⁴⁵:

1920	von total	54 095	wurden anerkannt	37 478
1921		53 930		39 473
1922		50 834		37 880
1923		49 272		37 304
1924		53 868		41 823
1925		54 345		42 146
1926		53 102		41 440
1927		52 162		40 906
1928		54 244		42 920
1929		54 337		42 984
1930		54 695		42 516

¹⁴³ Ferraris, S. 29.

Art. 181: «Il riconoscimento di un figlio naturale si farà nell'atto di nascita, o...»

Art. 376: «Se la nascita è da unione illegittima, la dichiarazione non può enunciare che il nome e cognome, la professione e il domicilio del genitore o dei genitori dichiaranti. Quando la dichiarazione è fatta da altre persone non si enuncerà che il nome e cognome, la professione e il domicilio della madre, se consti per atto autentico che questa acconsente alla dichiarazione.»

¹⁴⁴ Costa, in *Contenzioso ecclesiastico* 1928, S. 27.

¹⁴⁵ Diese Zahlen sind aus der von Ferraris auf S. 56 gegebenen Statistik errechnet.

Diese Statistik gibt einen Begriff davon, wie wenig das Institut der Anerkennung von den Eltern benützt wurde und die Tatsache, dass naturgemäss in diesen Zahlen hauptsächlich Anerkennungen der Mutterschaft enthalten sind, zeigen, dass neben der Anerkennung eine Vaterschaftsklage in wirksamem Umfange notwendig ist, um die Zahl der ärmsten der Unehelichen, jene ohne Vater und Mutter, zu vermindern. Die Zunahme der Anerkennungen ist darauf zurückzuführen, dass die Waisenhäuser und andere öffentliche Institute, in deren Obhut die Verlassenen kamen, bemüht waren, die Mutter — falls sie ihnen bekannt war — zu einer Anerkennung zu bewegen, indem sie diese auf die moralischen und körperlichen Schädigungen aufmerksam machten, denen die Kinder ohne Eltern ausgesetzt sind¹⁴⁶, eine Tatsache also, die in keinem Zusammenhang mit der Vaterschaftsklage stand.

Jene, die eine gesetzliche Reform der Vaterschaftsklage wünschten, stellten aber weniger auf das soziale Problem der ausserehelichen Kindschaft bei der Begründung ihrer Forderungen ab, sondern Ausgangspunkt dazu bildeten vielmehr die gesetzgeberischen Ueberlegungen, die zur Uebernahme des Verbotsprinzips aus dem französischen in das italienische Recht und zur Bildung von Ausnahmen von diesem Verbot geführt hatten. Diese Betrachtungen und Kritiken an den Motiven des Gesetzes: Schutz der Familie und der öffentlichen Moral, Verhütung von missbräuchlichen Klagen und Beweisschwierigkeit, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Man war sich einig, dass der Schutz der legitimen Familie eine unterschiedliche Behandlung der ehelichen von der ausserehelichen Kindschaft erfordere — non in odium eorum, sed in favorem matrimonii —, wies aber darauf hin, dass überall, wo ein genügender Beweis für die Vaterschaft erbracht werden könne, diese auch vom Gesetz anerkannt werden könne, ohne damit in irgendeiner Weise die Rechte der legitimen Familie zu gefährden. Im Gegenteil stelle gerade die fast vollkommene Einschränkung der Vaterschaftsklage eine Gefahr für den Frieden der Familie dar, indem die ausserehelichen Kinder und Mütter gezwungen würden, zu versuchen, auf aussergerichtlichem Wege das zu erlangen, was ihnen das Gesetz versage, wobei oft zu Mitteln gegriffen werde, die dem Bestand der

¹⁴⁶ Ferraris, S. 42.

Familie abträglicher seien als ein gerichtliches Verfahren. Zudem würden doch wohl meistens ledige Männer als uneheliche Väter in Anspruch genommen, was ja nicht die Interessen einer bereits bestehenden Familie berühre. Gerade die Möglichkeit, den Mann zur Verantwortung zu ziehen, habe oft seine Verheiratung mit der Mutter zur Folge, womit also eine vermehrte Zulassung der Vaterschaftsklage sich förderlich für das Institut der Ehe und die Familie auswirken würde.

Besonders heftig griff man die Ueberzeugung des Gesetzgebers von 1865 an, art. 189 schütze die öffentliche Moral, m. a. W. ein Prozess in Vaterschaftssachen sei geeignet, die öffentliche Sittlichkeit zu untergraben. Und Strafprozesse, besonders jene, die ein Sittlichkeitsverbrechen zum Gegenstand haben, weshalb hat denn der Gesetzgeber nicht auch diese verboten?, muss wirklich ein schutzwürdiges Interesse vom Gesetz unbeachtet bleiben, um die öffentliche Sittlichkeit nicht zu verletzen?, würde es nicht genügen, Prozesse — die Anstössiges enthalten — einfach unter Ausschluss der Oeffentlichkeit zu führen?; diese Fragen stellte man, und unterliess es nicht, jeweils darauf hinzuweisen, dass gerade die gesetzliche Regelung der Vaterschaftsklage, wie sie im Codice civile von 1865 enthalten war, gegen die öffentliche Moral verstosse, indem diese die Männer zum ausserehelichen Verkehr geradezu auffordere, weil sie ja nicht befürchten müssten, zur Verantwortung gezogen zu werden.

Unbestritten blieb die Tatsache, dass es ausserordentlich schwierig sei, die Vaterschaft mit solcher Sicherheit zu beweisen, dass es der Gesetzgeber verantworten dürfe, einem Manne die Vaterspflichten zu überbinden. Man stützte sich aber auf das Gesetz selbst in der Forderung nach einer ausgedehnteren Anwendbarkeit der Vaterschaftsklage, das im Falle der Entführung oder Vergewaltigung die Klage gestattete, womit der Grundsatz, dass der Indizienbeweis für die Vaterschaft genüge, gesetzlich verankert war. Besonders in diesem Zusammenhange unterliess man nie auf jene Gesetzgebungen zu verweisen, die vom französischen Recht unbeeinflusst waren, vor allem auf das Recht im Kirchenstaat, die trotz unbeschränkter Zulassung der Vaterschaftsklage, wegen der sorgfältigen Auswahl der Beweismittel, nie in einen solchen Rechtszustand verfallen waren, wie dies in Frankreich vor der Revolution

der Fall gewesen war. Man anerkannte grundsätzlich die Beweggründe, die den Gesetzgeber zum Verbot der Vaterschaftsklage veranlasst hatten, und forderte deshalb auch nicht die freie Zulassung der Klage an Stelle des Verbotes. Das vermehrte Studium der geschichtlichen Entwicklung der Vaterschaftsklage im Codice von 1865 aber hatte zur Einsicht geführt, der Vaterschaftsbeweis sei in mehr Fällen als im Codice von 1865 vorgesehen zu erbringen, was zur Forderung einer Reform in diesem Sinne führte¹⁴⁷.

Alle Reformvorschläge waren von ähnlichen Ueberlegungen inspiriert und unterschieden sich daher nicht grundsätzlich voneinander¹⁴⁸, sondern nur in der Anzahl der zu schaffenden Klagemöglichkeiten. Auf die wichtigsten Reformvorschläge, die dem Parlament vorgelegt wurden, soll im folgenden kurz hingewiesen werden.

Das Projekt von Gianturco «La condizione dei figli naturali e delle donne sedotte»¹⁴⁹ statuierte in folgenden Fällen eine Klagemöglichkeit: bei Entführung und Vergewaltigung, Verführung mittels Eheversprechens bei züchtigem Lebenswandel der Frau und bei Statusbesitz des Kindes¹⁵⁰. Ferner sah das Projekt die Möglichkeit einer Alimentationsklage wie in art. 193 Codice civile von 1865, daneben noch für den Fall vor, wenn die Eltern im Konkubinat gelebt hatten, sofern dieses sich an eine Vergewaltigung, Entführung oder Verführung anschloss. Dieser Vorschlag war eine Nachahmung desjenigen des Franzosen Gonjou¹⁵¹. Die Projekte Scialoja und Sorani¹⁵² verlangten eine Klagemöglichkeit in den des Status war oder die Vaterschaft indirekt aus einem Urteil ersichtlich war.

¹⁴⁷ Im Sinne obiger Darstellung:

Costa in *Contenzioso ecclesiastico* 1928, S. 34 ff.

Berri, S. 337 ff.

Pastorello, S. 65 ff.

De Bonis, S. 37 ff.

Gallo, S. 16 ff.

Carrara, S. 7.

Auriti, S. 44 ff.

Monge S. 47 ff.

Filomusi-Guelfi, S. 4.

Faldalla, S. 31 ff.

Del Giudice, S. 75 ff.

¹⁴⁸ Eine Ausnahme davon machte das Projekt von Morelli, der art. 189 folgendermassen formuliert haben wollte: «L'uomo che genera è responsabile del fatto proprio» (cit. in *Contenzioso ecclesiastico* 1928, S. 39).

¹⁴⁹ Projekt cit. bei Rosati, S. 21 ff.

¹⁵⁰ Gefordert waren dafür die drei Elemente nomen, tractatus, und fama, und zwar alle drei miteinander. Ähnlich nach dem Recht des Kirchenstaates; vgl. oben.

¹⁵¹ N. Calozza, S. 127.

¹⁵² Projekte cit. bei N. Calozza, S. 124 ff.

Fällen von Konkubinat, Entführung, Verführung, Vergewaltigung und wenn ein schriftliches Eingeständnis vorliege, daneben sah jenes von Sorani auch eine Klage vor, falls das Kind im Besitze

Keinem der zahlreichen Vorschläge war beschieden zum Gesetz zu werden, nicht allein deshalb, weil sich das Parlament vorzüglich mit politischen Tagesfragen abgab, sondern weil meistens gleichzeitig die Einführung der Ehescheidung verlangt wurde. Wo dies nicht der Fall war, brachte die Oeffentlichkeit doch diese beiden grundverschiedenen Probleme unwillkürlich miteinander in Verbindung. Da nun aber die italienische Oeffentlichkeit der Ehescheidung ablehnend gegenüberstand, war gleichzeitig das Schicksal der die Vaterschaftsklage betreffenden Vorschläge besiegelt¹⁵³.

Wenn auch erst der Gesetzgeber von 1942 das in der ausgedehnten Literatur über die Vaterschaftsklage enthaltene Material zur Neuregelung dieser Materie verwendet hat, so hatte doch schon früher die öffentlich-rechtliche Gesetzgebung daraus Gewinn gezogen. Das Gesetz vom 18. Juli 1917 n. 1143 betr. Pensionen für Kriegswaisen dehnte die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Dekret-Gesetzes betr. Unterstützung der Kriegswaisen vom 6. August 1916 n. 968 und des Dekret-Gesetzes betr. die privilegierten Kriegspensionen vom 12. November 1916 n. 1598 auch auf jene ausserehelichen Kinder aus, deren Vaterschaft nicht anerkannt oder vom Richter erklärt worden war, sofern die Eltern im Konkubinat gelebt hatten (a modo di coniugi), das Kind im Besitze des Status eines natürlichen Kindes war, oder die Vaterschaft in einer Form festgestellt war, wie sie art. 193, Ziff. 1—3, umschrieben¹⁵⁴. Allerdings war es ausdrücklich untersagt, aus diesem Unterstützungsanspruch gegenüber dem Staat familienrechtliche Konsequenzen abzuleiten¹⁵⁵.

¹⁵³ Vgl. *Contenzioso ecclesiastico* 1928, S. 41.

¹⁵⁴ *Nuovo Digesto Italiano*, V. paternità (ricerca della) n. 3, S. 531. (Die Gesetzestexte sind im betr. Jahrgang der *Gazzetta ufficiale*.)

¹⁵⁵ *Nuovo Digesto Italiano*, V. orfani di guerra, n. 2 B, S. 346.

Die Vaterschaftsklage nach dem Codice civile von 1942

EINLEITUNG

Im Codice civile von 1942 sind die beiden Institute der Anerkennung und der Vaterschaftsklage, im Gegensatz zu jenem von 1865, systematisch voneinander getrennt: Libro I, titolo VII, capo II, sezione I, § 1. «Del riconoscimento dei figli naturali» (art. 250—268), und § 2. «Della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturale» (art. 269—279).

Diese saubere systematische Trennung der Anerkennung (riconoscimento) von der Mutterschafts- und Vaterschaftsklage (dichiarazione giudiziale) bedeutet deshalb einen Fortschritt gegenüber dem alten Gesetz, welches beide Institute im gleichen Abschnitt (Lib. I^o, tit. VI, capo III, sezione I: «Della filiazione della prole nata fuori di matrimonio», art. 179—193) behandelt hat, weil es zwei begrifflich verschiedene Dinge auseinanderhält und damit die vom Gesetze gegebene Begriffsumschreibung klar hervortritt¹. Immerhin mag bei dieser neuen Anordnung im Gesetze auch der Umstand mitgespielt haben, dass dieses wegen der vermehrten Möglichkeiten einer Vaterschaftsklage, der genaueren Umschreibung der Klagelegitimation und der Fristen und der Einführung einer dem Vaterschaftsprozess vorangehenden gerichtlichen Voruntersuchung (art. 274 und 275) der Feststellung der Abstammung durch den Richter 11, statt wie bisher 5 Artikel widmet (art. 269—279, art. 189—193, cc. alt.)².

¹ Der Umstand, dass im alten Codice die richterliche Feststellung gleichsam als Anhängsel der Anerkennung behandelt wurde, hatte zu einer doppelstürigen Verwendung des Begriffes «riconoscimento» geführt: einerseits als Sammelbegriff für die Anerkennung und die richterliche Feststellung, wobei erstere als «riconoscimento volontario» und letztere als «riconoscimento forzato» bezeichnet wurde, und andererseits als terminus technicus für die eigentliche Anerkennung, die ja das Moment der Freiwilligkeit zur Voraussetzung hatte.

² Vgl. die inhaltlich neuen art.: 270, 271, 273—275.

Im Mittelpunkt der die richterliche Feststellung der Vaterschaft normierenden Artikel steht art. 269: «La paternità naturale non può essere giudizialmente dichiarata che nei casi seguenti:

- 1° quando la madre e il presunto padre hanno notoriamente convissuto come coniugi nel tempo a cui risale il concepimento;
- 2° quando la paternità risulta indirettamente da sentenza civile o penale ovvero da non equivoca dichiarazione scritta di colui al quale si attribuisce la paternità;
- 3° quando v'è stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde a quello del concepimento;
- 4° quando v'è possesso di stato di figlio naturale ³.»

Dieser Artikel bildet die Erfüllung der von den Reformern gestellten Forderungen, indem ganz in ihrem Sinne einerseits der Ausnahmecharakter der Klage bewahrt wurde, anderseits aber eine Klage ungefähr in dem Umfange möglich wird, wie es von ihnen vorgeschlagen worden war ⁴. Wollen wir uns über die Motive dieser Normierung orientieren, so brauchen wir nur auf die reformatorische Literatur zurückzugreifen. Auch der Gesetzgeber hat es unterlassen, darauf nochmals einzutreten, weshalb man auch in den Materialien zum neuen Gesetz keine diesbezügliche Begründung findet.

Auch der Gesetzgeber von 1942 liess sich, wie jener von 1865, von einem sozialen und einem rationalen Gesichtspunkt leiten: Schutz der legitimen Familie, der öffentlichen Moral, Verhütung missbräuchlicher Klagen und Schwierigkeit des Beweises. Dem sozialen Moment trägt das Gesetz Rechnung, indem es einerseits in art. 269 die Vaterschaftsklage grundsätzlich verbietet resp. diese nur in ganz bestimmten, vom Gesetze bezeichneten Fällen erlaubt, anderseits der gesetzgeberischen Absicht missbräuchliche Klagen zu

³ Vgl. zu Ziff. 4, art. 270, der die konstitutiven Elemente des Statusbesitzes aufzählt.

⁴ «La Commissione, ampliando di gran lunga i casi in cui è ammessa la possibilità dell'indagine e della dichiarazione giudiziale della paternità, non ha fatto che rendere omaggio ai voti unanimi del Paese diretti a che fosse tolto quanto vi è di eccessivo e di ingiustificato nelle restrizioni, con cui finora è ammessa tale ricerca...» (Relazione al progetto preliminare, S. 145. cit. bei Vaccaro, S. 171.)

verhindern noch dadurch gerecht wird, dass es der Klage eine Voruntersuchung (sog. *causae cognitio*) über den *fumus boni iuris* des Klägers vorangehen lässt, d. h. ob der Kläger im «Geruche des guten Rechts» stehe (art. 274). Ausserdem bedroht art. 275 jenen Kläger, der vom Gericht abgewiesen wird, weil er versuchte, eine nicht genügend gut fundierte Vaterschaftsklage anzubringen, mit Busse⁵. Die Tatsache, dass die Vaterschaft nicht immer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bewiesen werden kann, hat der Gesetzgeber so berücksichtigt, dass er selbst im Gesetz jene tatsächlichen Begleitumstände des ausserehelichen Verkehrs beschrieben hat, unter welchen er es als möglich erachtet, dass ein solcher Beweis so sicher erbracht werden kann. Davon handelt art. 269, Ziff. 1—4. Auch der schweizerische Gesetzgeber hat sich auf den gleichen Standpunkt gestellt, als er in art. 323 die Vaterschaftsklage auf Zusprechung mit Standesfolge vom Vorliegen bestimmter tatsächlicher Verhältnisse abhängig machte⁶.

Die Vaterschaftsklage, die in den romanischen Gesetzgebungen regelmässig Standesklage ist⁷, kann nur auf das einfach-natürliche Abstammungsverhältnis Anwendung finden und die Kinder *ex damnato coitu* können sich ihrer nicht bedienen⁸. Art. 278 in Verbindung mit art. 251 und 252 bestimmt, dass ehebrecherische und blutschänderische Abstammung vom Richter nicht festgestellt werden dürfen, welches Verbot sich auch auf die an sich frei zulässige

⁵ «... pur allargando di gran lunga, ..., l'ambito dei casi in cui deve essere ammessa l'indagine, non volle che le nuove disposizioni favorissero le insidie tese a uomini, più spesso a giovani inesperti e doviziosi per iniziativa o con la occulta complicità di donne perdute o senza scrupoli, e a ciò provvide ... cautele ... provvide col limitare l'ammissibilità dell'azione...
... provvide con lo stabilire una previa *causae cognitio* del tribunale circa l'esistenza di indizi che facciano apparire giustificata l'azione ed avente il suo esito in un decreto ..., dopo la quale soltanto, e se il decreto fu affermativo, si farebbe luogo all'azione ed al procedimento.» (Relazione al progetto preliminare, S. 145, cit. bei Vaccaro, S. 171.)

Vgl. dazu auch Cicu, S. 134 und bes. S. 127.

⁶ Egger, S. 401, und S. 432, Anm. 2 zu art. 323.

⁷ Vizioz, *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 1933, S. 133 ff., n. 1.

⁸ «A differenza dei codici a tipo tedesco, i quali contemplano i figli illegittimi in unica categoria e fanno loro identico trattamento, il nostro codice, seguendo la tradizione romana-canonica, a cui sono ispirati tutti i codici derivati da quello francese, distingue tra figli semplicemente naturali e figli incestuosi o adulterini.» (Azzariti: *La filiazione illegittima* ... nel progetto di nuovo codice, *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 1931, S. 529, Anm. 1.)

Mutterschaftsklage bezieht⁹. Das neue Gesetz verbessert indessen die Stellung dieser Kinder, insofern es nun möglich ist, auch eine Vaterschaftsklage gegen einen Mann zu richten, der wohl zur Zeit der Zeugung des Kindes verheiratet war, wenn das Kind also ein ehebrecherisches ist, aber zur Zeit der Klage die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst ist und keine legitimen oder legitimierten Nachkommen da sind¹⁰. Alle ausserehelichen Kinder, deren Abstammung nicht mittels Anerkennung oder Vaterschaftsklage festgestellt werden kann, handle es sich nun um solche, denen dies vom Gesetz verboten ist, wie den blutschänderischen und grundsätzlich auch den ehebrecherischen, oder um einfach-natürliche, die eine Vaterschaftsklage nicht mehr anstrengen können, z. B. weil die Klagefrist schon abgelaufen ist (art. 271), bleibt einzig die Alimentationsklage gemäss art. 279, die aber auch an das Vorliegen bestimmter Umstände gebunden ist: «*Nei casi previsti dall'articolo precedente e in ogni altro caso in cui non possa più proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità, il figlio naturale può agire per ottenere gli alimenti*»:

- 1^o se la paternità o la maternità risulta indirettamente da sentenza civile o penale;
- 2^o se la paternità o la maternità dipende da un matrimonio dichiarato nullo;
- 3^o se la paternità o la maternità risulta da una non equivoca dichiarazione scritta dei genitori.»

Diese knappe Uebersicht über die Ausgestaltung der Vaterschaftsklage im neuen Codice civile lässt uns erkennen, dass grundsätzlich keine Aenderung gegenüber dem alten Gesetz erfolgte: die Klage ist Standesklage, nur beschränkt zugelassen und legitimiert dazu sind nur einfach-natürliche Kinder oder deren Stellvertreter (art.

⁹ Art. 278: «Non sono ammesse le indagini sulla paternità e sulla maternità nei casi in cui il riconoscimento è vietato.

Le indagini sono escluse anche nei casi in cui, per l'art. 251 e per il terzo comma dell'art. 252, è ammissibile il riconoscimento.»

Absatz 2, art. 278, verbietet auch eine Klage da, wo die Anerkennung eines Inzestuöses durch den Elternteil, der bei Zeugung des Kindes gutgläubig war, d. h. in Unkenntnis der nahen Verwandtschaft gehandelt hat, gemäss art. 251 gestattet ist. Ebenso verbietet er eine Vaterschaftsklage für den Adulterinus, der anerkannt werden könnte, falls ein königliches Dekret die Erlaubnis hiezu erteilen würde (art. 252, Abs. 3).

¹⁰ Art. 278 in Verbindung mit art. 252.

271 und 273); daneben begründet eine auf anderem Wege als durch Anerkennung oder Vaterschaftsklage festgestellte Vaterschaft unter Umständen einen Alimentationsanspruch des Kindes gegen den Vater.

1. Kapitel

Grundprinzipien der Regelung der Vaterschaftsklage

1. Abschnitt

DIE VORAUSSETZUNGEN EINER VATERSCHAFTSKLAGE

§ 8. Allgemeines

Die Auswahl der Tatbestände, auf Grund derer eine Vaterschaftsklage möglich sein soll, wird durch das bestimmt, was der Gesetzgeber dem Kläger zukommen lassen will. Die romanischen Gesetzgebungen, zu denen auch die italienische gehört, geben der Feststellung der Vaterschaft durch Anerkennung den Vorzug. Eine Anerkennung hat sehr weitreichende Wirkungen: Das Kind erwirbt die Staatsangehörigkeit des Vaters¹, es kommt unter dessen elterliche Gewalt² und erhält dessen Namen³, dem Vater obliegt die Pflicht des Unterhaltes und der Erziehung wie einem ehelichen Vater⁴, des weitem ist das Kind erbberechtigt, wenn auch nicht

¹ Gesetz vom 13. Juni 1912 n. 555 betr. die italienische Staatsbürgerschaft.

² Art. 260.

³ Art. 262.

⁴ Art. 261 sagt, der Vater müsse das Kind erhalten, unterrichten und erziehen gemäss art. 147, welcher letzterer für die ehelichen Kinder Geltung hat. In art. 147, Abs. 2, heisst es wörtlich: «L'educazione e l'istruzione devono essere conformi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista.»

Gemäss der Veröffentlichung des Istituto italiano di studi legislativi: *Defascistizzazione e riforma dei codici e dell'ordinamento giudiziario*, Corte di Giustizia Costituzionale (vol. XIX, fasc. 2, terza serie, Roma 1946) ist in art. 261 die Rückverweisung auf art. 147 wegzulassen, ebenso Abs. 2 dieses letzteren Artikels.

Aus dem alten Text geht klar die Absicht des Gesetzgebers hervor, in dieser Beziehung die unehelichen den ehelichen Kindern gleichzustellen. Es sei noch beigefügt, dass es unverständlich ist, weshalb der ganze zweite Absatz des art. 147 eliminiert worden ist, denn es hätte genügt die Wendung «e al sentimento nazionale fascista» zu streichen. In diesem Falle hätte man auch die Rückverweisung des art. 261 stehen lassen können, wobei die obgenannte gesetzgeberische Absicht weiterhin aus dem Gesetze ersichtlich geblieben wäre und die sicher nicht überflüssige gesetzliche Forderung, die Kinder seien nach moralischen Gesichtspunkten zu erziehen, nicht verloren gegangen wäre.

in gleichem Masse wie die legitimen und legitimierten Nachkommen⁵, ausserdem entsteht eine gegenseitige Unterstützungspflicht zwischen Vater und Kind⁶. Die Anerkennung vermittelt also dem unehelichen Kind eine familienrechtliche Stellung, die, wenn nicht gleich, so doch jener des ehelichen Kindes sehr ähnlich ist. Die Anerkennung gründet sich auf die naturgegebene Tatsache der Abstammung, die an sich schon eine moralische Verpflichtung des Vaters mit sich bringt, welche der Gesetzgeber sanktioniert. Dazu ist aber notwendig, dass sich der Vater in einer rechtswirksamen Form als solchen zu erkennen gibt. Ihrem Wesen nach hat die Anerkennung nur den Zweck, den genannten moralischen Verpflichtungen rechtliche Gestalt zu verleihen, welche naturgemäss auch vermögensrechtliche Leistungen miteinschliessen.

Beim Institut der Anerkennung zeigt sich, dass der Gesetzgeber gewillt ist, die moralischen Verpflichtungen zu rechtlichen zu machen. Diese moralischen Verpflichtungen bestehen gleicherweise, ob der Vater sie anerkennt oder nicht. Konsequenterweise muss also eine Möglichkeit gegeben werden, der Vaterschaft rechtliche Wirksamkeit zu verleihen, unabhängig vom Willen des Vaters. Dazu ist aber unerlässliche Voraussetzung, dass die Vaterschaft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann, welches Erfordernis der Gesetzgeber dadurch berücksichtigt, dass er nur bei Vorliegen ganz besonderer Tatbestände den Vaterschaftsbeweis zulässt. Ist ein solcher Beweis erbracht, so zwingt die grundsätzliche Einstellung des Gesetzgebers dem Problem gegenüber ihn, einer vom Richter vorgenommenen Feststellung der Abstammung die gleichen Wirkungen wie einer freiwilligen Feststellung, d. h. einer Anerkennung, folgen zu lassen. Daher art. 277, der die Wirkungen der richterlichen Feststellung der Vaterschaft regelnd, einfach auf die Wirkungen der Anerkennung verweist: «La sentenza che dichiara la filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento⁷.»

Sicher ist diese Lösung, einer rechtlich festgestellten Vaterschaft, unabhängig von der Art der Feststellung, immer die gleichen Wirkungen zu verleihen, wenigstens theoretisch, die einzig annehmbare. Anders das schweizerische ZGB, nach welchem nur die An-

⁵ Art. 536, 539, 541—543, 545, 546, 573—580.

⁶ Art. 435.

⁷ Das gleiche gilt auch für das neue französische Recht, Lavollée, S. 205 ff.

erkennung und ausnahmsweise auch die vom Richter festgestellte Vaterschaft Standeswirkungen hat, während in der Regel die im Wege einer Vaterschaftsklage festgestellte Vaterschaft sich in ihrer Wirkung für das Kind in einer Alimentationspflicht des Vaters gegenüber dem Kinde erschöpft⁸. Anlass zu dieser doppelspurigen Ausgestaltung der Feststellung der Vaterschaft in bezug auf ihre Wirkungen gab die Ansicht, dass da, wo der Beweis der Vaterschaft mit höchster Wahrscheinlichkeit erbracht sei, die Wirkungen auch ausgedehntere sein dürften (Standeswirkungen), als da, wo der Grad der Sicherheit einer bestehenden Vaterschaft ein minderere sei⁹, eine Ansicht, die der italienische Gesetzgeber unter der Begründung ablehnte, man könne das Vorhandensein einer Tatsache nicht stufenweise, d. h. mehr oder weniger sicher beweisen, sondern entweder sei der Beweis erbracht oder er sei nicht erbracht¹⁰. Die Tatsache, dass auch nach italienischem Recht eine sog. Alimentationsklage möglich ist, darf nicht zur irrtümlichen Annahme verleiten, der Gesetzgeber habe damit eine dem System widersprechende Regelung getroffen, da es sich bei der Alimentationsklage nach art. 279 um eine ihrer Natur nach sehr von der Vaterschaftsklage nach art. 309 ZGB verschiedene Klage handelt, auf deren Besonderheiten hinzuweisen wir weiter unten noch Gelegenheit haben werden.

§ 9. Die Tatbestände auf Grund derer eine Vaterschaftsklage möglich ist

Um das Wesen der in art. 269 umschriebenen Tatbestände, auf Grund derer eine Vaterschaftsklage möglich ist, zu erfassen, ist es unerlässlich zu untersuchen, unter welchen Gesichtspunkten deren Auswahl durch den Gesetzgeber erfolgte. In erster Linie ist an das gesetzgeberische Postulat zu denken, dass die Vaterschaft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bewiesen werden soll, ein

⁸ Anerkennung: ZGB art. 302 ff.

Klage auf Zuspreehung mit Standesfolge: ZGB art. 323 Wirkungen für das Kind, falls die Vaterschaft mittels Anerkennung oder Klage auf Zuspreehung mit Standesfolge erfolgte: ZGB art. 325.

Vaterschaftsklage im Sinne einer Alimentenklage: ZGB art. 309.

⁹ Egger zu art. 323, Anm. 2.

Wäber/Silbernagel zu art. 323, Anm. 3 N. 11.

¹⁰ Vgl. dazu Costa in *Contenzioso ecclesiastico* 1928, S. 17 ff. unter Abschnitt: *Azione di stato o di alimenti?*

Erfordernis, dessen Vorhandensein der Gesetzgeber nicht in das freie Ermessen des Richters legen wollte. Deshalb hat der Gesetzgeber jene den ausserehelichen Verkehr begleitenden Tatumstände in Ziff. 1—4 genannt, die a priori für die Vaterschaft des am Verkehr beteiligten Mannes sprechen.

Empfängnis und Vaterschaft sind zwei Tatsachen, die nie direkt festgestellt werden können. Während aber die Empfängnis nach einer gewissen Zeit durch die Schwangerschaft sichtbar zutage tritt, fehlt der Vaterschaft eine solche äusserlich zu konstatierende Wirkung. Ja nicht einmal der Mann selbst ist in der Lage, mit Sicherheit zu sagen, dass sein Verkehr und, wenn er als einziger Mann mit der Frau verkehrt hat, welcher bestimmte Verkehr für die Empfängnis kausal gewirkt hat. Eher in der Lage, den Vater ihres Kindes zu kennen, ist die Mutter, die allein ganz sicher weiss, ob sie nur mit einem Manne verkehrte; doch sind in einem Prozesse ihre persönlichen Interessen zu gross, als dass der Richter ohne weiteres auf ihre Aussagen abstellen dürfte. Haben ihr mehrere Männer beigeohnt, so kann auch sie keine bestimmte Kenntnis von der Person des Schwängerers haben.

Die Vaterschaft, d. h. die Tatsache, dass der Verkehr eines bestimmten Mannes für die Schwangerschaft kausal gewirkt hat, ist nur aus dem Umstand heraus mit Sicherheit bestimmbar, dass sich die Frau während der ganzen Zeitspanne, in welcher die Empfängnis erfolgen musste, sich in der tatsächlichen Unmöglichkeit befunden hat, mit einem anderen Manne zu verkehren. Solche Fälle sind aber praktisch derart selten, dass sie dem Gesetzgeber nicht als Grundlage für seine Regelung dienen können. Vielmehr hat er jene Fälle zu berücksichtigen, wo man auf Grund der allgemeinen Erfahrung annehmen kann, es liege Ausschliesslichkeit des Verkehrs vor. Kardinalbeispiel für einen solchen Fall ist das Institut der Ehe. Hier darf man ohne weiteres annehmen, die Ehefrau verkehre einzig mit ihrem Gatten, was praktisch in der überwiegenden Mehrzahl der Ehen der Fall sein wird. Die Ehe als moralische Beziehung zwischen den Eheleuten, und die rechtlichen Sanktionen, die eine Verletzung der ehelichen Treue bedrohen, bieten eine gewisse Gewähr für die Ausschliesslichkeit des Verkehrs. Deshalb rechtfertigt sich die gesetzliche Bestimmung, wonach der Ehemann der Mutter eines in der Ehe gezeugten Kindes dessen Vater ist und nur wo

besondere Verhältnisse gegen eine solche Vaterschaft sprechen, ist es diesem erlaubt, das Gegenteil zu beweisen. Die Richtigkeit dieser gesetzlichen Regelung ist unbestritten¹¹.

Aehnlich liegen die tatsächlichen Verhältnisse beim Konkubinat. Natürlich fehlt es hier an gesetzlichen Sanktionen für die Verletzung wichtiger Interessen, da das Konkubinat nicht nur kein Rechtsinstitut ist, sondern vom Recht geradezu missbilligt wird. Immerhin hat es mit der Ehe gemeinsam, dass es eine Geschlechtsgemeinschaft von einer gewissen Dauer ist. Dies gestattet die Annahme, dass der Konkubent wahrscheinlich der Vater eines von der Konkubine geborenen Kindes ist. Man darf wohlverstanden nur annehmen, der Konkubent sei wahrscheinlich der Vater, nicht sicher der Vater wie beim Ehemann. Das römische Recht hat die tatsächliche Aehnlichkeit des Konkubinates mit der Ehe insofern gewürdigt, als es das Konkubinat als eine Ehe minderen Grades behandelte. Das neue italienische Recht erlaubt da eine Vaterschaftsklage, wo die Eltern im Konkubinat gelebt haben, und nimmt in art. 269, Ziff. 1, die Begriffsumschreibung in Anlehnung an jene der ehelichen Gemeinschaft vor: «quando la madre e il presunto padre hanno convissuto come coniugi¹².»

Weniger sicher, aber trotzdem mit grosser Wahrscheinlichkeit ergibt sich die Ausschliesslichkeit des Verkehrs da, wo ein Mann durch unerlaubte Mittel die Beiwohnung erlangt. Die Anwendung unerlaubter Mittel erlaubt den Rückschluss, die Frau hätte freiwillig eine Beiwohnung nicht gestattet und enthalte sich sofort nach Aufhebung der Wirksamkeit des unerlaubten Mittels, z. B. der Gewalt, jeglichen Verkehrs. Wenn auch hier der Schluss auf die Vaterschaft des Täters weniger zwingend ist, als beim Konkubinat, so ist eine Heranziehung derartiger Tatbestände für eine Vaterschaftsklage vom gesetzgebungspolitischen Standpunkt aus besonders wünschenswert, weil damit jene Männer, die in besonders verwerflicher Weise ausserehelich verkehrten, zur Verantwortung gezogen werden können. Diese Tatbestände sind in art. 269, Ziff. 3 zusammengefasst: «quando v'è stato ratto o violenza carnale ...»; Entführung

¹¹ Art. 231 ff. Code civil français art. 312 ff. ZGB art. 252 ff. BGB §§ 1591 ff.

¹² Anders der Code civil, in Fassung von 1912, der den Fall des Konkubinates auch berücksichtigt, aber den Ausdruck «état de concubinage» verwendet (art. 340, Ziff. 4).

und Vergewaltigung, jene Tatbestände also, auf Grund derer im alten Codice (art. 189) allein eine Vaterschaftsklage möglich war. Dagegen glaubte der Gesetzgeber die Verführung, entgegen art. 299, Ziff. 7 *progetto preliminare*¹³, nicht zu einem gesetzlichen Tatbestand erheben zu können, auf Grund dessen eine Vaterschaftsklage möglich gewesen wäre, weil die tatsächlichen Verhältnisse bei der Verführung nicht für die Vaterschaft des Verführers sprächen¹⁴: «Sembra ovvio che lo stato di figlio non possa attribuirsi se non si hanno elementi i quali diano la fondata persuasione che l'uomo del quale si pretende la paternità sia autore del concepimento. Ora nelle ipotesi di seduzione, considerate nel *progetto preliminare*, questa persuasione non si poteva avere, perchè nè la promessa di matrimonio, nè l'uso di artifici o di raggiri, nè l'abuso di autorità, di fiducia o di relazione domestica sono fatti dai quali possa logicamente desumersi che il seduttore e non altri coi quali la donna può aver avuto rapporti, sia l'autore del concepimento¹⁵. Ob diese Begründung stichhaltig ist und das Weglassen des Tatbestandes der Verführung im Einklang mit den Grundsätzen, nach welchen die Auswahl der Ausnahmetatbestände erfolgte, steht, soll vorläufig unbeantwortet bleiben, da dieser Frage später noch besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden wird.

Bereits hatten wir Gelegenheit festzustellen, dass die Gesetzgebungen nach französischem Muster der Feststellung der Abstammung durch Anerkennung den Vorrang vor der Feststellung durch den Richter geben. Dies aus der Ueberlegung heraus, dass die Meinung der am Geschlechtsverkehr beteiligten Personen, Erzeuger zu sein, eher dafür bürge, den Tatsachen zu entsprechen, als jene Meinung, die der Richter sich auf Grund von Indizien bilde. Wenn

¹³ Art. 299, Ziff. 7: «se vi sia stata seduzione preceduta da promessa di matrimonio risultante da prova scritta, o compiuta con artifici o raggiri idonei a trarre in inganno o facilitata da abuso di autorità, di fiducia o di relazione domestica...»

¹⁴ Das französische und das schweizerische Recht berücksichtigen dagegen die Verführung:

Code civil français art. 340, Ziff. 2, Fassung 1912: «Dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manoeuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles...»

ZGB art. 323, Abs. 1: «Mit Standesfolge wird auf Begehren des Klägers das Kind dem Beklagten zugesprochen, wenn dieser der Mutter die Ehe versprochen ... oder die ihm über sie zustehende Gewalt missbraucht hat.»

¹⁵ Relazione al *progetto definitivo* n. 276—278 (cit. bei Vaccaro zu art. 267, S. 172).

der Gesetzgeber einem Eingeständnis der Vaterschaft in bestimmter Form, wie das die Anerkennung ja ist, solche Bedeutung beimisst, so wäre es inkonsequent, da wo das Formerfordernis nicht erfüllt ist, einer solchen Ueberzeugung überhaupt keinen rechtlichen Wert beizumessen. Hauptzweck der Formvorschrift ist, die Ernsthaftigkeit des Eingeständnisses zu garantieren, welche aber auch aus einer andern, als der für die Anerkennung vorgeschriebenen Form ersichtlich sein kann. Denken wir hier nur an das kanonische Recht, das da eine Vaterschaftsklage guthiess, wo sich ein Mann als ausser-ehelichen Vater bezeichnet hatte, sofern er dies nicht «incidenter» und «blandiendi gratia» getan hat. Verlangt wurde nicht, dass die Aeusserung in ganz bestimmter Form erfolgt sei um auszuschliessen, dass einer leichtfertigen Aeusserung rechtliche Anerkennung beige-messen werde, sondern man stellte einfach die Regel auf, die Ernsthaftigkeit sei erwiesen, wenn die Aeusserung aus einem «actus proportionatus» ersichtlich sei¹⁶. Die Form, in welcher also das Eingeständnis erfolgte, musste so sein, dass sie den sich daran knüpfenden Wirkungen entsprach, d. h. je schwerwiegender die Wirkungen, desto strenger die Form. Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt die beiden Institute der Anerkennung und der Vaterschaftsklage im neuen Codice, so stellen wir fest, dass art. 269, Ziff. 2, der eine Vaterschaftsklage auf Grund eines formlosen schriftlichen Eingeständnisses der Vaterschaft seitens des behaupteten Vaters gestattet, ebenso einen «actus proportionatus» verlangt, wie art. 254 für die Anerkennung¹⁷. Weil sich an eine Anerkennung unmittelbar Standesfolgen knüpfen, ist es «proportionatus» in bezug auf diese die Anerkennung in besonders strenge Form zu kleiden, während es ebenso «proportionatus» ist, ein bloss schriftliches Eingeständnis zu ver-

¹⁶ Vgl. oben 1. Teil § 5 und dort bes. Anm. 60.

¹⁷ Art. 269, Ziff. 2: «Quando la paternità risulta ... da non equivoca dichiarazione scritta di colui al quale si attribuisce la paternità».

Art. 254, Abs. 1: «Il riconoscimento del figlio naturale è fatto nell'atto di nascita, oppure con un'apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti a un ufficiale dello stato civile o davanti al giudice tutelare, o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo.

La domanda di legittimazione di un figlio naturale presentata alla corte d'appello o la dichiarazione della volontà di legittimarlo espressa dal genitore in un atto pubblico o in un testamento importa riconoscimento, anche se la legittimazione non abbia luogo.»

langen, wo sich die Wirkungen auf eine blosser Zulassung zu einer Klage beschränken.

Art. 269 bestimmt ausserdem in Ziff. 2, dass eine Klage da möglich sein solle, wo sich die Vaterschaft indirekt aus einem Zivil- oder Strafurteil ergebe: «quando la paternità risulta indirettamente da sentenza civile o penale . . .» Dies ist so zu verstehen, dass eine Feststellung der Vaterschaft durch den Richter im Verlaufe eines Zivil- oder Strafprozesses tatsächlich schon erfolgt ist, diese Feststellung aber nicht Gegenstand des Urteils bildete und deshalb wirkungslos blieb.

Die in art. 269, Ziff. 2, enthaltenen Tatbestände sind nicht neu, da sie im alten Codice solche waren, auf Grund derer eine Alimentsklage möglich war (art. 193 Ziff. 1 und 3, Codice civile 1865). Den Tatbestand der Ziff. 2 des alten art. 193 (*matrimonio nullo*) im neuen Gesetz zu einem solchen zu machen, auf Grund dessen eine Vaterschaftsklage möglich wäre, schien überflüssig, da art. 128 Abs. 3 bestimmt, dass Kinder aus einer nichtig erklärten Ehe, falls sie nicht den ehelichen Status behalten, weil beide Eltern bei Eheschluss bösgläubig waren, die Stellung anerkannter Kinder haben, vorausgesetzt, dass sie überhaupt anerkennbar sind¹⁸.

Endlich sieht das Gesetz in art. 269 Ziff. 4¹⁹ (in Verbindung

¹⁸ Das *progetto preliminare* hatte in art. 299, Ziff. 1, auch diesen Tatbestand für eine Vaterschaftsklage vorgesehen: «quando al tempo del concepimento, tra la madre e colui al quale si attribuisce la paternità vi fosse matrimonio di cui fu in seguito dichiarata la nullità.»

«Il numero 1 (art. 299, Ziff. 1, *progetto preliminare*) è stato soppresso perchè ai figli concepiti durante un matrimonio in seguito annullato è stato già attribuito, nell'art. 134 (jetzt 128), lo stato di figli naturali riconosciuti.» (Relazione al progetto definitivo n. 276—278, cit. bei Pandolfelli, S. 300.)

Art. 128, Abs. 3: «Se entrambi i genitori sono stati in mala fede, i figli nati o concepiti durante il matrimonio hanno lo stato di figli naturali riconosciuti, nei casi in cui il riconoscimento è consentito.» (Anerkennungsverbot vgl. art. 251 und 252.)

¹⁹ Art. 269, Ziff. 4: «quando v'è possesso di stato di figlio naturale.»

Anmerkung zu § 9.

Die Klagemöglichkeiten nach art. 269 Codice civile italiano sind die gleichen wie nach art. 340 (Loi du 16 novembre 1912) Code civil français, mit dem Unterschied allerdings, dass das italienische Recht den Tatbestand der Verführung nicht vorsieht, dafür jenen des Vorliegens eines Zivil- oder Strafurteils, welcher Tatbestand dem französischen Gesetz unbekannt ist. Zur bessern Uebersicht seien hier die korrespondierenden Tatbestände einander gegenüber gestellt:

mit art. 270) eine Vaterschaftsklage vor, wo das Kind tatsächlich schon den Status eines anerkannten Kindes besitzt, dieser Status aber rechtlich inexistent ist. Dass das Gesetz die Möglichkeit bietet, diese tatsächliche Ausübung eines Rechtsinhaltes im Wege einer Vaterschaftsklage zu einer rechtlichen zu machen, bedarf keiner weiteren Begründung. Besondere Aufmerksamkeit hat der Gesetzgeber der Frage gewidmet, aus welchen Tatsachen sich der Statusbesitz ergebe, deshalb hat er in einem eigenen Artikel jene Tatsachen aufgezählt, die mindestens koexistieren müssen, um den Statusbesitz zu begründen; art. 270: «Il possesso di stato di figlio

cc. it. art. 269, Ziff. 1: «quando la madre e il presunto padre hanno notoriamente convissuto come coniugi...»

ccf. art. 340, Ziff. 4: «Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire...»

cc. it. art. 269, Ziff. 3: «quando v'è stato ratto o violenza carnale...»

ccf. art. 340, Ziff. 1: «Dans le cas d'enlèvement ou de viol...»

cc. it. art. 269, Ziff. 2: «quando la paternità risulta ... da non equivoca dichiarazione scritta di colui al quale si attribuisce la paternità.»

ccf. art. 340, Ziff. 3: «Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité.»

cc. it. art. 269, Ziff. 4: «quando v'è possesso di stato di figlio naturale.»

ccf. art. 340, Ziff. 5: «Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père.»

Diese grosse Aehnlichkeit in der Regelung der Vaterschaftsklage nach italienischem und französischem Recht könnte zur Annahme verleiten, der italienische Gesetzgeber habe sich vom französischen Gesetz aus dem Jahre 1912 inspirieren lassen; dies um so eher, als die die Materie regelnden Grundprinzipien französischen Ursprungs sind (vgl. oben Erster Teil, 2. Kapitel, 1. Abschnitt: Die Vaterschaftsklage im Code civil Napoléon und seinen Nachahmungen, und 3. Abschnitt: Die Vaterschaftsklage nach dem Code civile von 1865). Eine solche Annahme wäre m. E. deshalb irrtümlich, weil sich die Reformbestrebungen, wie wir schon festgestellt haben, auf italienische Rechts-tradition stützen, d. h. ehemalige italienische Rechte zum Vorbild hatten. Meines Wissens sind deshalb in der italienischen Rechtsliteratur, die die Materie der Vaterschaftsklage zum Gegenstand haben, auch keine Anhaltspunkte zu finden, die einen Hinweis auf das französische Recht oder wenigstens auf die Reformbestrebungen in Frankreich vor 1912 geben würden. Ein kurzer Vergleich mit älterem italienischem, aber doch schon kodifiziertem Recht, beweist, dass mit Ausnahme des Tatbestandes des Konkubinates (der im Recht des Kirchenstaates bei Beweis der Vaterschaft «ex nativitate» bedeutungsvoll war jeder in art. 269 cc. it. enthaltene Tatbestand schon einmal eine wichtige Rolle in der Materie der Feststellung der Vaterschaft gespielt hat. Insbesondere ist auf dem Codice Albertino hinzuweisen, der eine Vaterschaftsklage vorsah bei Vorliegen der Tatbestände der Entführung, der Vergewaltigung, des Eingeständnisses in privatem Schriftstück und des Statusbesitzes, falls dieser aus einem Schriftstück ersichtlich war. Der Tatbestand des Vorliegens eines Zivil- oder Strafurteils war im Codice von 1865 ein solcher, auf Grund dessen die Alimentationsklage möglich war (art. 193).

naturale risulta da più fatti i quali nel loro complesso costituiscono grave indizio della relazione di filiazione tra una persona e colui al quale la paternità è attribuita. In ogni caso devono concorrere i seguenti fatti: che la persona sia stata trattata come figlio da colui che essa reclama per padre naturale e che questi abbia, come tale provveduto al mantenimento, alla educazione e al collocamento di essa; che essa sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali».

Rückblickend können wir feststellen, dass der Gesetzgeber bei Auswahl der Tatbestände, die geeignet sind, einen sichern Nachweis der Vaterschaft zu garantieren, sich an die zwei Prinzipien der Ausschliesslichkeit des Verkehrs und des Eingeständnisses der Vaterschaft gehalten hat. Während ersteres Prinzip für die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes, und davon ausgehend für die Tatbestände des Konkubinales, der Entführung und der Vergewaltigung massgebend ist, ist es das Prinzip des Eingeständnisses der Vaterschaft für die Anerkennung, und davon ausgehend für die Tatbestände des formlosen schriftlichen Eingeständnisses und des Besitzes des Status, da dieser einem Eingeständnis der Vaterschaft durch konkludentes Handeln entspringt. Einzig der Tatbestand des Vorliegens eines Zivil- oder Strafurteils stellt unter diesem Gesichtspunkt eine Besonderheit dar.

§ 10. Die Bedeutung der Empfängniszeit

In jenen Fällen, wo sich die Vaterschaft aus dem Umstand heraus vermuten lässt, dass der als Vater in Anspruch genommene Mann als einziger mit der Mutter verkehrt hat (es sind dies die in art. 269, Ziff. 1 und 3 genannten Fälle), stellt sich die Frage, auf welche Zeitspanne sich diese Ausschliesslichkeit des Verkehrs erstrecken musste, um die Vermutung zu begründen und damit eine Klage zu ermöglichen. In Ziff. 1 des art. 269 bestimmt das Gesetz, dass das Zusammenleben der Mutter mit dem behaupteten Vater bestanden hat «nel tempo a cui risale il concepimento» und in Ziff. 3, dass das Verbrechen der Entführung oder der Vergewaltigung begangen wurde «nel tempo che corrisponde a quello del concepimento». Die Ausschliesslichkeit des Verkehrs beschränkt sich also auf die Empfängniszeit, d. h. auf jene Zeitspanne, in welcher der Verkehr hat

erfolgen müssen, um Ursache für die Geburt des Kindes sein zu können.

Geburt und Reifegrad des Kindes sind bedingt durch den Zeitpunkt der Empfängnis resp. des diese verursachenden Geschlechtsverkehrs. Kennt man diesen Zeitpunkt, so kann man auf Grund der Erfahrung errechnen, wann ungefähr die Geburt eines lebensfähigen Kindes erfolgen muss. Umgekehrt lässt sich aus dem Datum der Geburt, die Zeit der Empfängnis bestimmen, und zwar noch genauer, da man hier den Reifegrad des Kindes kennt, was einen Rückschluss auf die Dauer der Schwangerschaft erlaubt. Da nun aber die Schwangerschaftsdauer nicht nur bei verschiedenen Frauen eine verschiedene ist, sondern auch bei der gleichen Frau unterschiedlich sein kann, ist der Gesetzgeber, falls er die Empfängniszeit bestimmen will, gezwungen, alle in der Regel möglichen Schwangerschaftszeiten zu berücksichtigen. Diese Aufgabe hat er im Recht der ehelichen Kinder gelöst, indem er dort bestimmt, dass zu vermuten sei, ein Kind sei in der Ehe gezeugt worden, falls es 180 Tage nach Eheschliessung oder 300 Tage vor deren Beendigung geboren werde²⁰. Diese Regelung stützt sich auf die Tatsache, dass es in höchstem Masse unwahrscheinlich ist, dass nach einer kürzeren als 180 Tage dauernden Schwangerschaft, eine Lebendgeburt erfolgt und dass eine länger als 300 Tage dauernde Schwangerschaft ebenso unwahrscheinlich ist²¹. Eine Besonderheit hinsichtlich dieser gesetzlichen Empfängniszeit ergibt sich aus dem Umstand heraus, dass der Gesetzgeber bei Festlegung dieser auch sehr seltene Fälle von Schwangerschaftszeiten berücksichtigt und ausserdem die Vermutung, ob die Zeugung während der Ehe erfolgt sei, mit besonderer Stärke ausgestattet hat²², um damit den ehelichen Status zu be-

²⁰ Art. 231: «Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dallo scioglimento o annullamento di esso.» Vgl. auch art. 312 ccf., art. 252 und 254 ZGB, § 163 aBGB, die die Empfängniszeit ebenfalls auf die Zeitspanne zwischen dem 300. und 180. Tag vor der Geburt festlegen. Anders BGB § 1592, nach welchem die Empfängniszeit zwischen dem 302. und 181. Tag vor Geburt des Kindes liegt.

²¹ Vgl. dazu: Wäber / Silbernagel zu art. 314, Anm. 3, und Egger zu Art. 252, Anm. 1 c.

²² Es ist herrschende Meinung, es handle sich bei dieser Vermutung um eine *praesumptio juris et de jure*, da der Ehemann die Ehelichkeit eines in der Ehe gezeugten Kindes nur in ganz besondern, vom Gesetz bestimmten Fällen (vgl. art. 235) anfechten kann (Dusi, S. 170, Stolfi zu art. 230, S. 252).

günstigen²³. Da das Gesetz einfach den Ausdruck «tempo del concepimento» verwendet, wo es sich um die aussereheliche Kindschaft handelt, ohne aber eine gesetzliche Vermutung auch hier für diese Zeitspanne aufzustellen (wie z. B. das schweizerische Recht, vgl. art. 314, Abs. 1), fragt es sich, ob die Vermutung aus dem Recht der ehelichen auch im Recht der unehelichen Kinder anwendbar sei.

Trotz des Grundsatzes, Bestimmungen aus dem Recht der ehelichen Kinder seien auf das Recht der Ausserehelichen nicht anwendbar, ist Doktrin und Rechtsprechung der Ansicht, art. 232 finde per analogiam Anwendung auch in der Materie der Vaterschaftsklage, da obiger art. vor allem eine Erfahrungstatsache zum Ausdruck bringe. Allerdings gilt art. 232 nur als Praesumptio juris, die jederzeit durch Gegenbeweis umgestossen werden kann²⁴. Deshalb genügt es nachzuweisen, dass das Konkubinat bis in die Zeit zwischen dem 300. und 180. Tag vor Geburt des ausserehelichen Kindes hinein bestanden hat oder dass die Entführung oder Vergewaltigung in diesem Zeitraum von 120 Tagen vom behaupteten Vater begangen wurde, um zur Vaterschaftsklage zugelassen zu werden. Erforderlich ist also zunächst nicht schon der Nachweis, dass die Empfängnis in einer bestimmten Zeit innerhalb dieses Zeitraumes von 120 Tagen hat erfolgen müssen und mit dem Zeitpunkt des Verbrechens ungefähr zusammenfiel oder das Konkubinat damals noch bestand²⁵. Dieser Nachweis muss, um zur Klage zugelassen zu werden, erst dann erbracht werden, wenn der Beklagte die Vermutung der Empfängniszeit durch Gegenbeweis umstösst, d. h. wenn er geltend macht, die Schwangerschaft habe weniger als 180 oder länger als 300 Tage gedauert.

²³ Dusi, S. 163 — Cicu, S. 17.

²⁴ Das oben 1. Teil 3. Abschn. Anm. 106 gesagte gilt auch für das neue Gesetz.

²⁵ Cicu S. 21 und 130.

2. Abschnitt

DIE JURISTISCHE NATUR DES ART. 269

§ 11. Die juristische Natur des Verbotes der Vaterschaftsklage

Eine bedeutsame Neuerung dem alten Codice gegenüber ist insofern eingetreten, als das neue Gesetz nicht mehr generell von «indagini» spricht, sondern nur noch ganz speziell von «dichiarazione giudiziale», womit offensichtlich nur die Vaterschaftsklage gemeint ist. Das Verbot richtet sich somit nur gegen die richterliche Feststellung der Vaterschaft, m. a. W. ist ein Rechtsbegehren verboten, das die richterliche Feststellung dieser familienrechtlichen Beziehung anstrebt, nicht aber eine Feststellung, die nur dazu dienen soll, ein anderes Rechtsbegehren zu begründen. Ganz deutlich wurde diese gesetzgeberische Absicht im progetto preliminare, wo es in art. 299 hiess: «L'azione diretta ad ottenere la dichiarazione giudiziale della paternità naturale...».

Es ist durchaus im Sinne des neuen Gesetzes, wenn z. B. im Verlaufe eines Schadenersatzprozesses einer ausserehelichen Mutter gegen ihren Verführer der Richter tatsächlich die Feststellung der Vaterschaft des Beklagten vornimmt um dessen Verschulden für den durch Schwangerschaft und Geburt entstandenen Schaden festzustellen. Bei dieser Klage, die einer Verführten auf Grund von art. 2043 zusteht, handelt es sich eben um einen anderen Gegenstand der Klage als die Feststellung der Vaterschaft. Wir haben gesehen, dass die gleiche Klage unter der Herrschaft des alten Codice von den Gerichten zugelassen wurde und diese auch eine tatsächliche Feststellung der Vaterschaft vornahmen, allerdings contra legem, da damals eben jede Erforschung (indagini) der Vaterschaft verboten war, ausser wenn sich aus einer gesetzlichen Bestimmung eine besondere Ermächtigung dazu ergab²⁶. Anders heute und deshalb gewinnt der Tatbestand, wo eine Vaterschaftsklage auf Grund einer in einem Urteil indirekt festgestellten Vaterschaft angehoben werden darf an Bedeutung, da solche Urteile nun in grösserem Umfange möglich sind.

Ist die Vaterschaftsklage verboten, d. h. die Klage die den Erwerb

²⁶ Vgl. oben 1. Teil 3. Abschn., Anm. 116.

des Status eines unehelichen Kindes bezweckt, so werden m. E. auch jene Klagen davon betroffen, mit denen der Kläger nur scheinbar ein anderes Ziel verfolgt, d. h. nur an den Folgen des Status interessiert ist. Es hat z. B. ein aussereheliches Kind, dessen Abstammung festgestellt ist, das Erbe des Vaters mit einem ehelichen Kind zu teilen. Zusammen sind sie gemäss art. 541 pflichtteilsberechtigt auf $\frac{2}{3}$ des Ganzen, wovon das aussereheliche Kind nur halb soviel erhält, wie das eheliche, also $\frac{2}{9}$ und das eheliche $\frac{4}{9}$. Ist die uneheliche Vaterschaft des Erblassers nicht festgestellt, so ist das einzige eheliche Kind pflichtteilsberechtigt auf die Hälfte (art. 574), und der Erblasser könnte seinem unehelichen Kinde wie irgend einem Dritten die andere Hälfte durch Testament vermachen, in welchem Falle es $\frac{5}{18}$ mehr empfangen hat, als dies im gesetzlichen Erbgang der Fall gewesen wäre. Darf nun der eheliche Nachkomme auf Grund von art. 592, der verbietet einem unehelichen Kind durch Testament mehr zuzuwenden als es im gesetzlichen Erbgang erhalten würde, eine Klage anstrengen um das vom ausserehelichen Kind empfangene auf das gesetzliche Mass zu reduzieren, und zu diesem Zwecke im Prozess die Feststellung der Vaterschaft des Erblassers verlangen? Wohl ist das Interesse des Klägers in diesem Falle nur darauf gerichtet einen grössern Teil des Erbes zu erhalten, doch gehört das gesetzliche Erbrecht des ausserehelichen Kindes zu den Wirkungen der festgestellten Vaterschaft, weshalb es sich bei obigem Beispiel nicht um eine erbrechtliche Klage handelt, wo an sich eine tatsächliche Feststellung der Vaterschaft analog wie bei der oben beschriebenen Schadenersatzklage möglich wäre, sondern um die familienrechtliche Standesklage, die demnach ausgeschlossen ist.

§ 12. Die juristische Natur der Ausnahmetatbestände

Dass das Gesetz die Vaterschaftsklage abhängig macht vom Umstand, dass einer der in art. 269 Ziff. 1—4 genannten Tatbestände erfüllt ist, ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesetzestext selbst: «La paternità naturale non può essere giudizialmente dichiarata che nei casi seguenti . . .». Zu Zweifeln könnte einzig eine Aeusserung des Justizministers Grandi geben, der sich dahin äusserte, die Wendung: «L'azione diretta ad ottenere la dichiarazione giudiziale

della paternità...» (art. 299, progetto preliminare) sei aus dem endgültigen Text entfernt worden, um dem Artikel den prozessrechtlichen Charakter zu nehmen²⁷. Grund für die neue Formulierung war vor allem, dass die alte Formulierung zum Irrtum hätte verleiten können, der Richter müsse bei Vorliegen der Ausnahmetatbestände die Vaterschaft erklären, während in Wirklichkeit der Gesetzgeber die Beurteilung, ob die Vaterschaft bestehe in das freie richterliche Ermessen stellen will, was er durch die Wendung «... può essere dichiarata...» ausgedrückt hat. Zudem hielt man es nicht für notwendig, in art. 269 den prozessualen Charakter besonders zu betonen, da dies zur Genüge aus art. 274 (*causae cognitio*) hervorgehe²⁸.

Aus der Tatsache, dass das Problem der Beweisschwierigkeit die Auswahl der Ausnahmetatbestände bedingte, ergibt sich, ausser dem prozessrechtlichen Charakter, dass diese Tatbestände, die Voraussetzung für eine Vaterschaftsklage bilden, auch eine Vermutung für die Vaterschaft enthalten; die Ausnahmetatbestände stellen die einzigen Fälle dar, in denen der Gesetzgeber die Erbringung des Vaterschaftsbeweises überhaupt für möglich hält. Das Gesetz spricht in diesen Tatbeständen die Vermutung aus, unter diesen Umständen könne ein Vaterschaftsbeweis möglicherweise gelingen; ob der Beweis im Prozess tatsächlich erbracht worden ist, entscheidet der Richter in jedem einzelnen Falle nach freiem Ermessen²⁹. Es handelt sich hier nicht um volle Vaterschaftsvermutungen im Sinne von *praesumptiones juris*, sondern lediglich um *praesumptiones hominis*, die dem Richter erlauben, in Ausübung seiner freien Beweiswürdigung von einer bekannten Tatsache (einer der in art. 269, Ziff. 1—4 genannten Tatbestände) auf eine unbekannte Tatsache (die Vaterschaft) zu schliessen³⁰. Der Richter kann deshalb, wenn der Kläger den Nachweis erbracht hat, dass einer der Tatbestände erfüllt ist, weitere Beweise für die Vaterschaft des Beklagten verlangen, bis er die Ueberzeugung von der Vaterschaft des Beklagten erlangt hat. Da die Ausnahmetatbestände nur *praesumptiones hominis* darstellen, hat das im Beweisrecht keine Umkehrung der Beweislast zur Folge.

²⁷ Relazione al Re, n. 128.

²⁸ Relazione al progetto preliminare, S. 794.

²⁹ Cicu, S. 127.

³⁰ Nuovo digesto italiano, V. «presunzione».

Hat der Richter im Vaterschaftsprozess das Recht der freien Beweiswürdigung, so versteht sich von selbst, dass der Beklagte die Einrede des Mehrverkehrs (*exceptio plurium concumbentium*) vorbringen darf, wie jeden andern Umstand, der geeignet ist, die Entscheidung des Richters zu seinen Gunsten zu beeinflussen. So versteht man auch, was der Justizminister in seinem Bericht an den König meinte, wenn er sagte, die *exceptio plurium* sei als zu weitgehend aus dem *progetto preliminare* gestrichen worden³¹. Dort war nämlich die *exceptio* als Klageausschliessgrund vorgesehen gewesen³². Soweit will das Gesetz nicht gehen. Das heisst nicht, dass es die Tatsache des Mehrverkehrs als unerheblich betrachtet, nur stellt es sie allen andern Tatsachen, die für die richterliche Rechtsfindung erheblich sind, gleich. Es ist also sehr wohl möglich, dass der Beklagte verurteilt wird, auch wenn er diesen Umstand zu Recht geltend gemacht hat, falls dies nicht genügt, den Richter in seiner Ueberzeugung, der Beklagte sei Vater, zu erschüttern³³.

3. Abschnitt

STANDESKLAGE NACH ART. 269 UND ALIMENTATIONSKLAGE NACH ART. 279

Art. 279, der die Alimentationsklage regelt, ist unverändert aus dem alten Codice übernommen³⁴. Wir hatten schon Gelegenheit zur Feststellung, dass der damalige art. 193, der dem art. 187 Codice Albertino entsprach, im System der Vaterschaftsklage nach französischem Muster neu war, und dass sich sein Ursprung aus jenen

³¹ Relazione al Re, n. 128.

³² Progetto preliminare art. 301.

Vgl. ebenso ccf. art. 340, Abs. 2, Ziff. 1, wonach die *exceptio plurium* und unzüchtiger Lebenswandel Klageausschliessungsgründe sind. Unzüchtiger Lebenswandel auch im ZGB Klageausschliessungsgrund (Egger zu art. 315, Anm. 1 d).

³³ Ähnlich im schweizerischen Recht (Egger zu art. 315, Anm. 1 d).

³⁴ Art. 279: «Nei casi previsti dall'articolo precedente (Verbot der Vaterschafts- und Mutterschaftsklage) e in ogni altro caso in cui non possa più proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità, il figlio naturale può agire per ottenere gli alimenti: 1^o se la paternità o la maternità risulta indirettamente da sentenza civile o penale. 2^o dipende da un matrimonio dichiarato nullo. 3^o risulta da una non equivoca dichiarazione scritta dei genitori.»

italienischen Rechten ableitet, die eine freie Zulassung der Vaterschaftsklage gekannt hatten. Diese Klage wird deshalb auch im italienischen Recht als Alimentationsklage (*azione per ottenere gli alimenti*) bezeichnet, ist aber keine Alimentationsklage, z. B. im Sinne von art. 307 ZGB³⁵, sondern sie unterscheidet sich wesentlich von der schweizerischen Vaterschaftsklage.

Artikel 278³⁶ enthält gleich wie art. 269 ein Verbot, welches aber sowohl die Vaterschaftsklage als auch die Mutterschaftsklage, welche letztere nach art. 272 an sich frei zugelassen ist, trifft. Dies deshalb, weil der Gesetzgeber wenn immer möglich vermeiden will, dass eine Feststellung einer blutschänderischen oder ehebrecherischen Abstammung erfolgt, da eine solche Feststellung einer von Gesetz und Sitte besonders missbilligten Abstammung geeignet ist, die öffentliche Moral zu verletzen und in besonders hohem Masse das Institut der Familie gefährdet³⁷. Dieses Verbot bildet das Korrelat zum Verbot der Anerkennung der Kinder *ex damnato coitu*³⁸. Immerhin stellt sich der Gesetzgeber auf den Standpunkt, eine einmal zufällig getroffene Feststellung solle rechtliche Wirkung haben und gewährt deshalb einen Anspruch auf Alimente, falls diese Feststellung in einer der in art. 279, Ziff. 1—3 genannten Form erfolgte³⁹.

Inhalt der Klage nach art. 279 ist nicht die Feststellung der Vaterschaft, sondern Begründung eines schuldrechtlichen Verhältnisses zum Vater, auf Grund einer bereits erfolgten Feststellung. Es handelt sich hierbei um eine reine Leistungsklage. Darin unterscheidet sich die Alimentationsklage nach italienischem Recht von jener nach schweizerischem. Die Klage auf Grund von ZGB art. 307 ff. ist sowohl Feststellungsklage, sie bezweckt Feststellung der Vaterschaft, und Leistungsklage, «Die Vaterschaftsklage geht auf Ver-

³⁵ Art. 309 ZGB: «Die Vaterschaftsklage geht auf Vermögensleistungen des Vaters an das Kind ...»

³⁶ Art. 278: «Non sono ammesse le indagini sulla paternità e sulla maternità nei casi in cui il riconoscimento è vietato.»

³⁷ Ähnlich das schweizerische Recht, das eine Anerkennung ehewidriger Kinder verbietet (art. 304 ZGB) und die Klage auf Zuspreehung mit Standesfolge gegen einen verheirateten Mann untersagt (art. 323, Abs. 2 ZGB). Die Motive dazu sind ungefähr die gleichen wie im italienischen Recht (vgl. Egger zu art. 304, Anm. 2).

³⁸ Art. 251 und 252.

³⁹ Vgl. über die Motive zur Alimentationsklage oben, S. 49.

mögensleistungen des Vaters . . . » (art. 309 ZGB)⁴⁰. Die Alimentationsklage ist deshalb nach italienischem Recht keine Vaterschaftsklage.

Die Vaterschaftsklage nach dem neuen Codice ist immer Standesklage; deshalb ist einem einfach-natürlichen Kind, das sowohl nach art. 279 als auch nach art. 269 klagen könnte, nicht gestattet, wahlweise die Vaterschaftsklage oder die Alimentationsklage anzustrengen, sondern nur die Vaterschaftsklage. Erst wenn diese nicht mehr möglich ist, weil z. B. die Klagfrist verfallen ist⁴¹, kann auch dieses Kind sich der Alimentationsklage bedienen⁴². Das ist gemeint, wenn das Gesetz sagt: « . . . e in ogni altro caso, (wo es sich nicht um Kinder ex damnato coitu handelt) in cui non possa più proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità . . . »⁴³.

4. Abschnitt

CAUSAE COGNITIO

Der Gesetzgeber, in der Annahme die Gefahr missbräuchlicher Klagen, und zwar sowohl Vaterschafts- als auch Mutterschaftsklagen, habe sich bedeutend erhöht durch den Umstand, dass die Vaterschaftsklage in grösserem Umfange möglich sei und die Mutterschaftsklage nicht mehr an das Vorliegen eines schriftlichen Beweisanfangs gebunden sei⁴⁴, hat in art. 274 bestimmt, der Klage müsse eine Untersuchung vorangehen über den sog. *fumus boni juris* des Klägers⁴⁵. Art. 274 lautet: « L'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale è ammessa solo quando concorrono indizi tali da farla apparire giustificata. Sull'ammissibilità il tribunale decide in camera di consiglio con decreto, su ricorso di chi intende promuovere l'azione, sentiti il pubblico mi-

⁴⁰ Egger zu art. 307, Anm. 1 c.

Wäber / Silbernagel zu art. 302, Anm. IV.

⁴¹ Fristen art. 271.

⁴² Cicu, S. 155.

⁴³ Vgl. auch oben S. 49 ff., wo wir festgestellt hatten, dass im Codice von 1865 als Regel für die einfach-natürlichen Kinder die Statusklage und die Alimentationsklage nebeneinander bestanden, weil sich die Tatbestände der damaligen art. 189 und 193 nicht deckten.

⁴⁴ Vgl. Relazione al progetto preliminare, S. 145 (cit. bei Vaccaro, S. 171).

nistero e le parti personalmente, qualora compaiano, e assunte le informazioni del caso. Il decreto non è soggetto a reclamo. — L'inchiesta sommaria compiuta dal tribunale ha luogo senza alcuna pubblicità e deve essere mantenuta segreta.

Das Gericht stellt eine summarische Voruntersuchung an, mit dem Ziel, festzustellen, ob ausreichende Indizien vorliegen, um eine Vaterschaftsklage zu rechtfertigen. Der Kläger hat sich an das Gericht zu wenden, wobei er die Tatsachen darzulegen hat, mit denen er seinen Anspruch zu beweisen beabsichtigt. Darauf hört das Gericht die Parteien, sowie den Staatsanwalt (pubblico ministero) an; es kann auch noch Erkundigungen einziehen, z. B. durch Polizeiorgane, um die Aussagen der Parteien auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen. Auf Grund dieses Vorverfahrens entscheidet das Gericht durch Dekret, ob die Klage zuzulassen sei. Das Dekret praejudiziert aber in keinem Falle das Bestehen oder Nichtbestehen der Vaterschaft⁴⁶. Deshalb kann der abgewiesene Antragsteller, falls er neue Beweise beizubringen vermag, ohne weiteres einen neuen Antrag auf Zulassung zur Klage an das Gericht stellen⁴⁷.

Das Dekret ist gemäss art. 274 nicht durch Rechtsmittel anfechtbar. Immerhin hat sich das Gericht einzig darüber auszusprechen, ob eine Klage gerechtfertigt erscheine, der Entscheid über Rechtsfragen bleibt dem die Klage behandelnden Gericht vorbehalten. Eine Entscheidung über Rechtsfragen im Vorverfahren bedeutet somit eine Ermessensüberschreitung und ist deshalb durch Rekurs (reclamo) an das Appellationsgericht anfechtbar⁴⁸. Ebenso kann das Dekret wegen Formmangels angefochten werden⁴⁹.

Der Schutz vor missbräuchlichen Klagen wird dadurch verstärkt, dass das Gericht bei Rückweisung des Gesuches auf Zulassung zur

⁴⁵ Eine ähnliche Voruntersuchung ist dem kanonischen Recht bekannt bei Prozessen, die die Nichtigkeit der Ehe betreffen. Vgl. Dictionnaire de droit canonique, «causes matrimoniales», n. V, S. 78 ff.

⁴⁶ Tr. Torino, 4 giugno 1947, B. c. P. (in *Giurisprudenza italiana* 1948, I, 2, 368).

⁴⁷ Rel. al Re: «... la parte interessata avrà sempre la possibilità di riproporre istanza, formando nuovi elementi...»

⁴⁸ App. Bologna 23. 10. 1941, Repertorio Foro italiano 1942, V. «Filiazione» nn. 74—78.

App. Milano, 25. 5. 1941, *Giurisprudenza italiana* 1941, I, 2, 318. Vgl. auch Anm. 49.

⁴⁹ Vgl. Stella Richter: «Sul decreto di ammissibilità...»

Vaterschaftsklage eine Ordnungsbusse von Lire 300 bis 5000 verhängen kann⁵⁰.

Wenn auch in bezug auf diese neuartige *Causae cognitio* noch keine nennenswerte Praxis vorliegt, die erlauben würde, die Zweckmässigkeit dieses Institutes zu beurteilen, so drängen sich doch gewisse Bedenken auf. Durch diese wird unter Umständen eine Vaterschaftsklage auf Grund eines nur summarischen Verfahrens nicht zugelassen, womit auch über den Rechtsanspruch als solchen tatsächlich entschieden wird, was besonders bedenklich erscheint, wenn man in Betracht zieht, dass es sich dabei um eine Statusfrage handelt⁵¹. Mit dieser Voruntersuchung ist den Gerichten ein Mittel in die Hand gegeben, das ihnen ermöglicht, die Vaterschaftsklage fast unmöglich zu machen.

2. Kapitel

Die verschiedenen gesetzlichen Vaterschaftsvermutungen

§ 13. Konkubinat

Art. 269, Ziff. 1 lässt eine Vaterschaftsklage zu und stellt gleichzeitig auch eine Vermutung für die Vaterschaft auf: «quando la madre e il presunto padre hanno notoriamente convissuto come coniugi nel tempo a cui risale il concepimento».

Notwendige Voraussetzung bei einer Vaterschaftsklage auf Grund dieses Tatbestandes ist das Bekanntsein der Mutter, d. h. dass die Mutterschaft in rechtserheblicher Form festgestellt ist. Im Gegensatz zu den Gesetzgebungen nach deutschem Vorbild, entsteht zwischen Kind und Mutter kein Rechtsverhältnis durch die blossе Tatsache der Geburt, also *ipso jure*¹, sondern entweder durch Anerkennung oder richterliche Erklärung². Es fragt sich nun, ob die Mutterschaft in einer dieser beiden Formen festgestellt sein muss, m. a. W. ob ein Rechtstitel dafür vorhanden sein muss oder ob es genügt, wenn die

⁵⁰ Art. 275: «(Pena in caso di inammissibilità.) Il tribunale se dichiara inammissibile l'azione, può condannare l'istante al pagamento di una pena pecuniaria da lire trecento a lire cinquemila.»

⁵¹ Vgl. Degni, 1932, S. 82 ff., der ähnliche Bedenken äussert.

¹ Vgl. z. B. art. 302 ZGB, § 1705 BGB.

² Anerkennung art. 250, Mutterschaftsklage art. 272.

Mutterschaft bloss in einer der in art. 279 genannten Formen festgesetzt ist. Wir glauben, die Meinung von Cicu³ stützen zu können, der annimmt, es genüge, wenn die Mutterschaft aus einem Zivil- oder Strafurteil, einer Nichtigerklärung der Ehe, oder aus schriftlichem Eingeständnis ersichtlich sei, da ja der Gesetzgeber in art. 279 diesen Arten einer Feststellung der Abstammung rechtliche Relevanz beimisst. Falls die Mutterschaft aber in keiner der obgenannten Formen festgestellt ist, kann der Kläger die Mutterschaft beweisen, um den Vaterschaftsbeweis zu ermöglichen, zu welchem Beweis er aber erst zugelassen werden darf, wenn das Gericht ihm auf Grund von art. 274 durch Dekret die Klage auf Feststellung der Mutterschaft erlaubt hat⁴.

Durch die glückliche Umschreibung des Konkubinales als «*convivenza come coniugi*» hat das Gesetz dem Richter einen soliden Anhaltspunkt gegeben für die Beurteilung, welche der zahlreichen Erscheinungsformen ausserehelicher Geschlechtsgemeinschaften als unter den Begriff des Konkubinales fallend, zu betrachten sind. Immerhin muss dem Richter überlassen bleiben, von Fall zu Fall festzustellen, aus welchen Tatsachen sich die Geschlechtsgemeinschaft als eine solche nach Art von Eheleuten charakterisiert, da es sich hierbei nicht um einige wenige bestimmte Tatsachen handelt, sondern um einen ganzen Tatsachenkomplex, der sich aus vielen scheinbaren Imponderabilien zusammensetzt, die als Ganzes in ihrem Verhältnis zueinander zu betrachten sind. Deshalb müssen wir uns darauf beschränken, festzustellen, ob allen praktisch möglichen Geschlechtsgemeinschaften nach Art von Eheleuten besondere Merkmale eigen sind und, wenn ja, welche.

Dass es sich um eine Geschlechtsgemeinschaft handeln muss, ist selbstverständlich, aber es ergibt sich aus dem gesetzlichen Erfordernis der Eheartigkeit heraus, dass dieser Geschlechtsgemeinschaft das Merkmal einer gewissen Dauerhaftigkeit anhaften muss. Dass besonders dieser Umstand vom Gesetzgeber ins Auge gefasst wurde bei der Umschreibung des Konkubinales als eines Zusammenlebens *more uxorio*, ist aus den Materialien ersichtlich, wo bei der Diskussion um die Begriffsumschreibung des Konkubinales immer wieder darauf hingewiesen wurde, diese sei so zu gestalten, dass

³ Vgl. Cicu, S. 128.

⁴ Cicu, S. 128.

daraus ersichtlich sei, dass es sich um eine Gemeinschaft von gewisser Dauer handle⁵. Ob einer Geschlechtsgemeinschaft dieses Merkmal anhafte, beurteilt sich m. E. nicht nach objektiven Tatsachen, wie z. B. wiederholter Geschlechtsverkehr eines Mannes mit der gleichen Frau, sondern allein nach der subjektiven Einstellung der Beteiligten zu ihrem gegenseitigen Verhältnis. Dies ist so zu verstehen, dass es sich da um eine Geschlechtsgemeinschaft im Sinne eines Konkubinales handelt, wo die Beteiligten den Willen haben, ihr Verhältnis zu einem mehr oder weniger lange dauernden zu machen. Diese subjektive Ueberzeugung der Beteiligten gibt auch eine gewisse Garantie für die Ausschliesslichkeit des Verkehrs, da man wohl in den meisten Fällen annehmen kann, dass der Wille zur Dauerhaftigkeit nur da vorhanden ist, wo eine besonders starke persönliche Bindung zwischen Mann und Frau besteht. Wenn das Gesetz verlangt, die Gemeinschaft müsse eheähnlich sein, m. a. W. verlangt, dass die äusserlichen Tatsachen des Konkubinales ähnlich jenen des ehelichen Lebens seien, stellt es damit die Forderung auf das Vorhandensein von Tatsachen, auf Grund welcher auf den Willen zu einer längere Zeit andauernden Gemeinschaft geschlossen werden kann. Nehmen wir den Fall an, wo in der Wohnung eines Mannes wiederholter Geschlechtsverkehr mit der gleichen Frau stattgefunden hat, so kann hier von Konkubinat keine Rede sein; hat dagegen die Frau, wenn auch nur teilweise, diese Wohnung auch zum Mittelpunkt ihres täglichen Lebens gemacht, indem sie die Post an diese Adresse senden lässt, ihre Mahlzeiten einnimmt, einen Teil ihres Eigentums in der Wohnung hat usw., so darf man sicher aus diesen Tatsachen den Schluss ziehen, dass der Wille der Konkubanten auf eine dauerhafte Gemeinschaft gerichtet sei, und damit der Tatbestand des Konkubinales erfüllt ist.

Ist der Begriff «more uxorio» in oben dargelegtem Sinne richtig umschrieben, so lassen sich Anfang und Ende des Konkubinales ohne weiteres bestimmen, was von besonderer Wichtigkeit ist, bei der Beurteilung, ob Konkubinat und Empfängniszeit sich zeitlich wenigstens teilweise decken, welch letzterer Umstand Voraussetzung für die Klage ist. Das Konkubinat endet in dem Moment, wo die Beteiligten nicht mehr den Willen haben, die Gemeinschaft weiter-

⁵ Vgl. Relazione al progetto preliminare, S. 146, und Verbali della Commissione parlamentare, S. 325, cit. bei Vaccaro, S. 172 ff.

zuföhren. Folgerichtigerweise hat das Konkubinat dann nicht zu existieren aufgehört, wenn sich der Mann beispielsweise für eine gewisse Zeit auf eine Reise begibt, sofort aber nach seiner Rückkehr die Verbindung mit der Konkubine wieder aufnimmt und das Verhältnis weiter führt.

Aus der Tatsache heraus, dass sich das Vorhandensein des Konkubinales nach der subjektiven Ueberzeugung der Beteiligten und damit zugleich nach den eheähnlichen Tatsachen, die diese Ueberzeugung zum Ausdruck bringen, beurteilt, ist auch zu schliessen, dass das Zusammenleben der Konkumbenten in gemeinsamer Wohnung nicht gesetzliches Erfordernis ist. Wohl ist gerade dies ein Umstand, der besonders geeignet ist, die Geschlechtsgemeinschaft als besonders dauerhafte erscheinen zu lassen, was sich aber ebenso durch andere Tatsachen äussern kann. Ein kurzer Blick auf das französische Recht, das ja auch den Tatbestand des Konkubinales enthält, zeigt uns, dass sich die Rechtsprechung in oben erwähntem Sinne entschieden hat ⁶.

Ausserdem fordert das Gesetz, dass das Konkubinat bekannt gewesen sei: «quando la madre e il preunto padre hanno notoriamente convissuto». Dies ist so zu verstehen, dass mehrere Personen von der ausserehelichen Gemeinschaft Kenntnis gehabt haben, also z. B. die nächsten Nachbarn, nicht aber, dass es Meinung dieser Dritten gewesen ist, zwischen den Konkumbenten habe eine rechtsgültige Ehe bestanden, sondern dem Gesetze ist Genüge getan, wenn diese gewusst haben, dass es sich um ein Konkubinat oder einfach um ein «Verhältnis» gehandelt hat ⁷.

Als drittes Erfordernis der Vaterschaftsvermutung verlangt das Gesetz, dass das Konkubinat sich wenigstens teilweise mit der Empfängniszeit decke. Hier ist zu unterscheiden, ob es sich darum handle, zur Klage zugelassen zu werden, oder ob der Kläger während des Prozesses den Vaterschaftsbeweis liefern will. In ersterem Falle genügt der Nachweis, dass Konzeptionszeit und Konkubinat zeitlich sich überschneiden, während im Prozesse der Kläger eventuell noch zu beweisen hat, dass die individuelle Empfängniszeit in die Zeit des Konkubinales fällt. Hat z. B. das Konkubinat nur die

⁶ Vgl. Jossierand, n. 1526—4 und Nuovo Digesto Italiano, V. more uxorio, S. 756.

⁷ Vgl. Cicu, S. 129.

ersten 30 Tage bis in die gesetzliche Empfängniszeit hinein gedauert, so genügt das, um die Klage zuzulassen, während des Prozesses muss er aber beweisen, dass das aussereheliche Kind innerhalb dieser dreissig Tage tatsächlich empfangen worden ist⁸.

Die Vermutung, der Mann, der mit der Mutter im Konkubinat gelebt hat, sei Vater des ausserehelichen Kindes ist, wie wir schon festgestellt haben, unter dem Gesichtspunkte der Vaterschaftsklage besonders gerechtfertigt. Immerhin stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber damit auch genügend das öffentliche Interesse und speziell den Schutz der legitimen Familie berücksichtigt hat.

Bestimmt liegt in art. 269, Ziff. 1, keine Anerkennung des Konkubinales seitens des Gesetzgebers oder gar dessen Erhebung zu einem Rechtsinstitut, wie das im römischen Recht⁹ der Fall gewesen war. Zieht man aber in Betracht, dass das Gesetz den Kindern aus einer solchen Verbindung die Möglichkeit gibt, einen Status zu erwerben, der jenem der ehelichen Kinder sehr ähnlich ist, so kommt das praktisch einer rechtlichen Ausgestaltung des Konkubinales fast gleich. Ähnliche Bedenken haben auch französische Autoren bezüglich des Gesetzes vom 16. November 1912 geäussert (art. 340, ziff. 4)¹⁰. Besonders schwer scheinen mir solche Bedenken bezüglich des italienischen Rechtes zu wiegen, da hier, im Gegensatz zu Frankreich, das Institut der Ehescheidung nicht bekannt ist und die Zahl der ausserehelichen Geschlechtsgemeinschaften notwendigerweise grösser sein muss. Unter dem neuen Gesetz wird eine Verheiratete, aber getrennt lebende Frau bestimmt eher ein Konkubinat mit einem Manne eingehen, wenn sie weiss, dass die Möglichkeit besteht, auch gegen den Willen des Geliebten, ihren Kindern einen Status zu verschaffen, da ja die Klage möglich ist, wenn es sich dabei auch um ehebrecherische Kinder handelt, sofern der Geliebte zur Zeit des Konkubinales ledig war¹¹, und der Ehemann die Ehelichkeit mit Erfolg angefochten hat¹². Es wäre also durchaus nicht ausge-

⁸ Vgl. oben § 10: Die Bedeutung der Empfängniszeit, S. 72 ff.

⁹ Vgl. Sohm, S. 434.

¹⁰ Decoppet, S. 156.

¹¹ Art. 278 in Verbindung mit 252.

¹² Art. 235 (*Disconoscimento di paternità*) gestattet dem getrennt lebenden Ehemann in Ziff. 3 die Anfechtung der Ehelichkeit eines in dieser Zeit von seiner Frau empfangenen Kindes: «Il marito può disconoscere il figlio concepito durante il matrimonio . . . : se durante lo stesso periodo (Zeit zwischen dem 300. und 180. Tag vor Geburt des Kindes) egli viveva legalmente se-

geschlossen, dass die Zahl der Konkubinate in Zukunft zunehmen würde.

§ 14. Entführung und Vergewaltigung

Der Tatbestand des art. 269, Ziff. 3: «quando v'è stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde a quello concepimento», entspricht jenem, der im alten Codice in art. 189 für eine Vaterschaftsklage vorgesehen war. Die neueste Gerichtspraxis bestätigt, dass die Rechtsprechung zum alten Codice¹³ insofern auch für art. 269, Ziff. 3, Geltung habe, als sich der zivilrechtliche Begriff des «ratto» und der «violenza carnale» nach dem strafrechtlichen Begriff bestimmt, und zwar das Strafgesetzbuch, unter dessen Herrschaft das Verbrechen begangen worden ist, massgebend ist¹⁴. Es wird dies heute in den meisten Fällen der Codice penale von 1930 sein. Diese Anlehnung an die Straftatbestände darf aber nicht zum Irrtum verleiten, eine Strafverfolgung sei Voraussetzung zur Vaterschaftsklage, sondern der Tatbestand kann vom Zivilrichter einzig zum Zwecke der Vaterschaftsfeststellung konstatiert werden¹⁵. Dies erklärt sich aus der Natur der Statusklage, die bezweckt, dem Kinde eine seiner Abstammung gerecht werdende Rechtstellung zu verschaffen und nicht den Vater für sein rechtswidriges Verhalten zu belangen.

Conditio sine qua non des Verbrechens der Entführung oder der Vergewaltigung ist die Gewaltanwendung seitens des Täters¹⁶, welch letztere vom Strafgesetz in sämtlichen Modifikationen berücksichtigt ist, d. h. sowohl vis ac metus, als auch nur praesumierte Gewalt. So ist eine Vaterschaftsklage gemäss art. 269, Ziff. 3, in folgenden Fällen möglich:

parato dalla moglie anche per effetto di provvedimento temporaneo del magistrato, salvo che siavi stata tra i coniugi riunione anche soltanto temporanea.»

¹³ Betr. art. 189 codice civile von 1865, vgl. oben 1. Teil 3. Abschn.

¹⁴ App. Napoli, 8. April 1943, UDT c. M. (cit. in Diritto e Giurisprudenza 1945, 55) — Cass. 11. Mai 1942, Brosia c. Del Beccarao (sent. n. 1233, ined.) — Cass. 29. Juli 1942, Cirolli c. Maiorana (cit. in Il Foro italiano 1942, I, 889 n) — Tr. Torino, 7. Juli 1944, Pozzo c. Fiore (cit. in La giurisprudenza italiana e la legge 1945 I, 2 54), vgl. auch Il Foro italiano, repertorio generale 1943—1945. V. filiazione, n. 89 und 91, und Cicu S. 129.

¹⁵ Cicu, S. 130 und dort Anm. 4.

¹⁶ Relazione al progetto definitivo del Codice penale: «I delitti sono caratterizzati dalla violenza o dalla frode...» (dort, n. 170).

Art. 519 cp.: «(Della violenza carnale.) Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale...

... chi si congiunge carnalmente con persona la quale al momento del fatto: 1^o non ha compiuto gli anni quattordici; 2^o non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole ne è l'ascendente¹⁷ o il tutore, ovvero è un'altra persona a cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, d'istruzione, di vigilanza o di custodia; 3^o è malata di mente, ovvero non è in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole.»

Art. 520 cp.: «(Congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale.) Il pubblico ufficiale, che, fuori dei casi preveduti dall'articolo precedente, si congiunge carnalmente con una persona arrestata o detenuta, di cui ha la custodia per ragione del suo ufficio, ovvero con persona che è a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente se il fatto è commesso da un altro pubblico ufficiale, rivestito, per ragione del suo ufficio, di qualsiasi autorità sopra taluna delle persone sudette.»

Art. 522 cp.: «(Ratto a fine di matrimonio.) Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di matrimonio una donna...

Art. 523 cp.: «(Ratto a fine di libidine.) Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di libidine, un minore, ovvero una donna maggiore di età...

Art. 524 cp.: «(Ratto di persona minore degli anni quattordici o inferma, a fine di libidine o di matrimonio.) Chi commette il fatto ivi preveduto (art. 522 und 523 cp.), senza violenza, minaccia o inganno, in danno di persona minore degli anni quattordici o malata di mente, o che non sia, comunque, in grado di resistergli, a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole.»

Einzig in diesen Fällen ist eine Vaterschaftsklage auf Grund von art. 269, Ziff. 3, möglich. Insbesondere ist die Klage da nicht mög.

¹⁷ In diesem Falle ist eine Vaterschaftsklage ausgeschlossen, da es sich um eine blutschänderische Abstammung handelt, deren Feststellung von art. 278 verboten ist. Eine indirekte Feststellung der Vaterschaft würde aber dieses Strafurteil enthalten, und das Kind könnte sich dessen bedienen, um auf Grund von art. 279, Ziff. 1, Alimente zu verlangen.

lich, wo es sich um eine sog. «uneigentliche Entführung» (*ratto improprio* oder *ratto consensuale*) handelt. Im neuen Strafgesetzbuch von 1930 ist dieser Tatbestand, der im alten von 1889 unter der Marginalie «*ratto*» eingereiht war, richtigerweise bei den Delikten gegen die Familie zu finden, da es sich nicht um ein Delikt gegen die Person, sondern gegen die elterliche Gewalt handelt¹⁸. Ist nun heute «*ratto improprio*» sauber von «*ratto*» getrennt, so hat das auch Geltung für das Ausserehelichenrecht. Auch in den Beratungen zu art. 269 wurde die hier vertretene Ansicht geäußert: «*Nei riguardi del ratto . . . si debba trattare di una delle ipotesi di ratto vero e proprio quali previsti dagli articolo 522, 523 e 524 del Codice penale, e non di ratto consensuale, il quale non è un reato contro la persona che ha consentito, ma contro chi esercita la patria potestà*¹⁹.» Nichtsdestoweniger hat die neueste Praxis wieder Vaterschaftsklagen auf Grund des Tatbestandes der uneigentlichen Entführung zugelassen²⁰, was sich nur dadurch erklären lässt, dass die alte Praxis noch nachwirkt und dass aus Billigkeitsgründen das Bedürfnis besteht, in möglichst zahlreichen Fällen die Vaterschaftsklage zuzulassen. Damit wurde aber klares positives Recht verletzt²¹.

Liegt der strafrechtliche Tatbestand vor, so ist die Vaterschaft noch nicht bewiesen, sondern nur die Bedingung erfüllt, unter welcher die Klage zulässig ist, und der Kläger hat im folgenden die Vaterschaft des Beklagten glaubhaft zu machen²². Es sei daran erinnert, dass es genügt zu beweisen, dass das Delikt in die gesetzliche Empfängniszeit fiel, um zur Klage zugelassen zu werden, dass das

¹⁸ Art. 573 cp. von 1930: «(Sottrazione consensuale di minorenni.) Chiunque sottrae un minore, che abbia compiuto gli anni quattordici, col consenso di esso, al genitore esercente la patria potestà o al tutore, ovvero lo ritiene contro la volontà del medesimo genitore o tutore . . .» Cfr. den entsprechenden art. 341, Abs. 2 cp. 1889. Vgl. oben I. Teil 3. Abschn., Anm. 109.

¹⁹ Verbalì della Commissione parlamentare, S. 325, Meinung von Andriani (cit. bei Vaccaro zu art. 267, S. 173).

²⁰ So App. Torino, 13. Februar 1942, R. c. O. (cit. in La Giurisprudenza-Foro subalpino 1942, 385); vgl. auch Il Foro italiano 1941, repertorio generale, V. filiazione, n. 73.

²¹ Vgl. zu diesem Thema: Morvidi: Ricerca della paternità, in Rivista di diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia 1941, S. 51 ff. und bes. Bianco in Il Foro italiano 1941, I, 617 ff., wo dieser die hier vertretene Meinung unterstützt unter der Begründung, der *ratto improprio* sei dem Begriff der Verführung inhaerent, hier also nicht anwendbar, da der Verführungstatbestand vom Gesetzgeber ausgeschlossen worden sei.

²² Cicu, S. 130.

Delikt wahrscheinlich aber mit der individuellen Empfängniszeit zusammenfiel, ist erst im Laufe des Prozesses darzulegen²³.

§ 15. Schriftliches Eingeständnis der Vaterschaft

Ueber die Berechtigung den in art. 269, Ziff. 2 enthaltenen Tatbestand: «quando la paternità risulta . . . da non equivoca dichiarazione scritta di colui al quale si attribuisce la paternità», zur Voraussetzung für eine Vaterschaftsklage zu machen und über dessen Verhältnis zur Anerkennung, haben wir uns schon oben S. 68 ff. geäußert, so dass wir uns hier auf die blosse Interpretation des Gesetzestextes beschränken können.

Inhaltlich ist dieser Tatbestand der gleiche, wie jener des art. 193, Ziff. 3, des Codice civile von 1865, auf Grund dessen eine Alimentationsklage möglich war. Wenn es auch bei jener Alimentationsklage Sache des Richters war, frei zu beurteilen, ob das betreffende Schriftstück ein Vaterschaftseingeständnis enthielt, hatten sich doch in der Rechtsprechung gewisse Grundsätze herausgebildet, nach denen Schriftstücke zu beurteilen waren²⁴. Diese Regeln sind grundsätzlich auch auf das neue Gesetz anwendbar, d. h. auf die Beurteilung eines schriftlichen Eingeständnisses gemäß art. 269, Ziff. 2, wie zahlreiche Urteile aus jüngster Zeit beweisen²⁵.

In erster Linie muss das Eingeständnis der Vaterschaft allein aus dem Schriftstück hervorgehen: «... si ha dichiarazione esplicita di paternità quando dallo scritto e non da elementi estranei sia chiaramente rivelata la convinzione dello scrivente di essere padre di colui che reclama . . . l'importante è che la paternità possa desumersi con certezza dallo scritto, senza aiuto di mezzi estrinseci che ne chiariscono il significato, anche se per l'esatta interpretazione sia

²³ Vgl. oben § 10: Die Bedeutung der Empfängniszeit.

²⁴ Zur Interpretation des art. 193, Ziff. 3, Codice civile 1865, vgl. oben S. 49 ff.

²⁵ Dabei bildet es keinen Unterschied, ob es sich um die Interpretation von art. 269, Ziff. 2, oder art. 279, Ziff. 3, handelt, da beide wörtlich übereinstimmen.

Vgl. App. Bologna, 30. März 1942 Gigli c. Cornia (cit. in La Temi emiliana 1942, I, 2, 7 m) — App. Bologna, 7. Mai 1942, Giusti c. Torrealta (cit. in La Temi emiliana 1943, I, 2, 25 m) — App. Bari, 4. Dezember 1942, Vanzan c. De Leo (cit. in La Corte di Bari e del Salento 1943, I, 20 m).

necessario coordinare tra loro le varie espressioni contenute nello scritto medesimo²⁶.

Es ist konstante Gerichtspraxis, dass es weder Absicht des Schrifturhebers gewesen sein müsse, die Vaterschaft einzugestehen²⁷, noch dass dieses Eingeständnis expressis verbis erfolgt sei, z. B. durch Verwendung von Worten, die sich auf die Abstammung beziehen, wie «mein Sohn» und dergleichen²⁸. So hat denn auch das Appellationsgericht von Bologna entschieden, dass bei einem Schreiben eines Mannes an die Geschwängerte, in welchem dieser seine Anteilnahme an der Schwangerschaft ausdrückte, und versicherte der Mutter die bestmögliche Pflege angedeihen zu lassen, sowie die nötigen Entscheidungen für die Versorgung des Kindes nach der Geburt zu treffen, es sich um ein Schreiben handle, aus dem das Eingeständnis der Vaterschaft hervorgehe²⁹.

Neben das gesetzliche Erfordernis, es müsse sich beim schriftlichen Eingeständnis um eine «dichiarazione non equivoca» handeln, tritt ausserdem die Bedingung, dass Urheber des Schriftstückes der Vater sei. Diese Urheberschaft ist bestimmbar durch die Schrift des Vaters, d. h. wenn er das Schreiben handschriftlich verfasst hat, oder z. B. einen maschinengeschriebenen Brief unterzeichnet hat. In letzterem Falle, wo sich die Person des Schrifturhebers nur nach der Unterschrift bestimmen lässt, braucht er aber nicht selbst das Schreiben aufgesetzt zu haben, sondern es genügt, wenn er unterschreibt, was ein Dritter abgefasst hat³⁰. Insbesondere bestimmt das Gesetz nichts darüber, wer Adressat des Schreibens sein müsse und ob das Eingeständnis aus einem oder mehreren Schriftstücken ersichtlich sein müsse, weshalb der gesetzliche Tatbestand des art. 269, Ziff. 2, als erfüllt zu betrachten ist, wenn das Eingeständnis der

²⁶ App. Bologna, 30. März 1942, Gigli c. Cornia (cit. Il Foro italiano, repertorio generale 1943—1945, V. filiazione, n. 83) — Giurisprudenza italiana 1948, I, 2, 368; Trib. Torino, 4 giugno 1947, B. c. P.

²⁷ App. Torino, 10. April 1942, B. c. C. (cit. in La Giurisprudenza-Foro subalpino 1942, 496) — App. Bologna, 30. März 1942, Gigli c. Cornia (cit. in La Temi emiliana 1942, I, 2, 7 m).

²⁸ App. Bari, 4. Dezember 1942, Vanzan c. De Leo (cit. in La Corte di Bari e del Salento 1943, I, 20 m).

Vgl. auch Cass. 13 agosto 1947 Predari c. Ironesi (Giurisprudenza italiana 1948, I, 2, 282).

²⁹ App. Bologna, 30. März 1942, Gigli c. Cornia (cit. in La Temi emiliana 1942, I, 2, 7 m).

³⁰ App. Napoli, 8. Juni 1942, C. c. D. (cit. in Monitore dei Tribunali 1942, 369).

Vaterschaft in einem oder mehreren Schriftstücken, an den gleichen oder verschiedene Adressaten, unzweifelhaft enthalten ist ³¹.

Der Tatbestand des schriftlichen Eingeständnisses ist in praktischer Hinsicht derjenige, auf Grund dessen eine Vaterschaftsklage am einfachsten durchgeführt werden kann, da der Kläger, wenn er ein Schriftstück des behaupteten Vaters in Händen hat, bereits im Besitze des Beweises ist, der genügt, um ihn zur Klage zuzulassen und auch das Vorliegen der Vaterschaft des Beklagten darzutun.

§ 16. Besitz des Status

Falls das Kind im tatsächlichen Besitz des Status ist ³², gewährt ihm das neue Gesetz in art. 269, Ziff. 4, die Vaterschaftsklage: «quando v'è possesso di stato di figlio naturale». Während im alten Codice der Besitz des Status im Ausserehelichenrecht nur bei der Feststellung der Mutterschaft eine Rolle spielte, indem unter diesen Umständen die Mutterschaft durch Zeugenbeweis erbracht werden konnte ³³, hat er nun im neuen Recht die weitere Wirkung, dass er analog zum Ehelichenrecht ³⁴ eine Beweisvermutung für die Abstammung begründet. Das Gesetz umschreibt im einzelnen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit Statusbesitz vorliegt: «Il possesso di stato di figlio naturale risulta da più fatti i quali nel loro complesso costituiscono grave indizio della relazione di filiazione tra una persona e colui al quale la paternità è attribuita. — In ogni caso devono concorrere i seguenti fatti: — che la persona sia stata trattata come figlio da colui che essa reclama per padre naturale e che questi abbia, come tale, provveduto al mantenimento,

³¹ Vgl. App. Bologna, 7. Mai 1942, G. c. T. (cit. in La Temi emiliana 1943, I, 2, 25 m), und Cieu, S. 165 ff.

³² Begriff des Status: «Il concetto di stato della persona (status) ... ha ... un suo significato tecnico in quanto designa quella particolare situazione giuridica in cui si trova la persona in quanto venga considerata come membro di un tutto organico. Designa cioè un rapporto giuridico organico, intendendo per tale quello che lega i soggetti al conseguimento di un fine che è socialmente e giuridicamente considerato come necessario, quindi superiore in confronto dei fini che l'individuo possa liberamente proporsi, sottratto perciò al libero potere di disposizione della volontà privata.» (Cieu, S. 10.)

³³ Art. 190, Abs. 2, Codice civile von 1865, vgl. dazu Dusi, S. 289 ff.

³⁴ Der Besitz des Status eines ehelichen Kindes hat volle Beweiswirkung für die Ehelichkeit: art. 236 und 237.

alla educazione e al collocamento di essa; — che essa sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali» (art. 270).

Untersuchen wir nun, worin dieser uneheliche Statusbesitz besteht. Nach der klassischen Formulierung setzt sich dieser aus den drei Tatsachen des Namens (*nomen*), des Verhaltens des Vaters dem Kinde gegenüber (*tractatus*) und dem Urteil der Oeffentlichkeit (*fama*) zusammen. Dass das *Nomen* zum ehelichen Status gehört, ist eine Selbstverständlichkeit, da er einer der äussern Merkmale der legitimen Familie ist; nach Ansicht des Gesetzgebers gehört diese Tatsache eigentlich auch zum Status des ausserehelichen Kindes, er hat aber aus Billigkeitsgründen den Begriff nicht so eng umschrieben, um nicht in den meisten Fällen, nämlich da wo nur *tractatus* und *fama* vorliegen, eine Klage zu verunmöglichen³⁵. Der Statusbesitz gemäss art. 270 setzt sich somit aus einem subjektiven und einem objektiven Moment zusammen: durch den *tractatus* zeigt sich die subjektive Vaterschaftsüberzeugung, wobei das objektive Urteil der Oeffentlichkeit — die *fama* — eine Gewähr dafür bietet, dass jene auch den Tatsachen entspricht.

In art. 270, Abs. 2, umschreibt das Gesetz den Begriff des *tractatus* und der *fama*. Darnach wird vom Gesetze für das Vorliegen des *tractatus* nicht nur verlangt, dass der behauptete Vater das Kind finanziell unterstützt habe, sondern ihm auch moralisch beigestanden hat, was besonders deutlich durch das im Gesetz enthaltene Wort «collocamento» — «Wohlergehen» zum Ausdruck gebracht wird. *Tractatus* liegt also dann vor, wenn der als Vater in Anspruch genommene Mann alle moralischen Pflichten, die durch die Vaterschaft bedingt sind, freiwillig erfüllt hat, m. a. W. das Kind wie ein ehelicher Vater behandelt hat. Die Tatsache, dass er sich als Vater betrachtet, geht nicht aus Worten — wie bei einem schriftlichen Eingeständnis oder Anerkennung — hervor, sondern aus täglich sich wiederholenden Handlungen. Dadurch erreicht die Vaterschaftsvermutung eine nahezu vollständige Sicherheit, da das Indiz aus einem sich über längere Zeit erstreckenden tatsächlichen Ver-

³⁵ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Re, n. 147: E' stato peraltro soppresso l'elemento, risultante dal progetto, che la persona sia stata abitualmente chiamata col cognome di colui che essa pretende essere suo padre naturale, e ciò non perchè sia stato considerato irrelevante, ma per attenuare il rigore della disposizione, essendo difficile che esso si verifichi in pratica.»

halten besteht und damit gewissermassen ein sich stets wiederholendes Eingeständnis der Vaterschaft vorliegt. Es ist indessen denkbar, dass jemand ein Kind wie ein ehelicher Vater behandelt, ohne sich als dessen Vater zu betrachten. Dies ist der Grund, weswegen der Gesetzgeber von 1865 den Statusbesitz nicht als Vaterschaftsvermutung berücksichtigen wollte und das neue Gesetz bei der Begriffumschreibung des ausserehelichen Statusbesitzes ausdrücklich erwähnt, der behauptete Vater müsse in seiner Eigenschaft als solcher («... come tale») gehandelt haben.

Das Verhalten des Vaters begründet nur dann Statusbesitz des Kindes, wenn noch die weitere Voraussetzung der fama dazutritt, d. h. die Oeffentlichkeit muss Kenntnis haben von der Unterstützung, die der behauptete Vater dem unehelichen Kinde zukommen liess, und daraus den Schluss gezogen haben, die Unterstützung sei vom Beklagten in seiner Eigenschaft als Vater geleistet worden. Der Begriff der Oeffentlichkeit darf aber m. E. nicht zu weit gefasst werden, so dass es genügt, wenn nur wenige Personen z. B. die nächsten Nachbarn, vom Verhältnis zwischen dem behaupteten Vater und dem Kinde Kenntnis haben. Liegen die Verhältnisse so, darf man wohl annehmen, der Versorger sei Vater des Kindes. Ob der Vater hingegen diese Wirkung beabsichtigt hat, ist unerheblich³⁶. Eine solche Meinung der Oeffentlichkeit in bezug auf die Abstammung muss, wenn einmal vorhanden, in diesem Sinne fortbestanden haben, wobei es aber nicht Bedingung für den Begriff der fama ist, dass diese Ansicht mit Geburt des Kindes ihren Anfang nahm³⁷.

Die zwei Tatsachen des tractatus und der fama müssen gleichzeitig vorhanden sein, d. h. es ist dem Richter nicht erlaubt, aus einer dieser Tatsachen mit Hilfe weiterer Umstände auf das Vorhandensein der andern zu schliessen. Auch genügt es nicht wenn nur eine davon bewiesen ist, um das Kind zur Vaterschaftsklage zuzulassen. Dies geht klar aus dem Bericht zum Vorentwurf hervor, wo es ausdrücklich heisst die Elemente, die den Status ausmachen, müssten coexistieren. Dies ist allerdings in bezug auf den ehelichen Status gesagt, jedoch führt der Bericht in gleichem Orte aus, zur Umschrei-

³⁶ App. Bologna, 21. Juli 1941, Boldrini c. Zulian (cit. in La giurisprudenza e la legge 1942, I, 2, 138).

³⁷ App. Bologna 21. Juli 1941, Boldrini c. Zulian (cit. in La giurisprudenza italiana e la legge 1942, I, 2, 138).

bung des unehelichen Statusbesitzes sei der betreffende Begriff aus dem Ehelichenrecht mutatis mutandis zu verwenden, weshalb m. E. diese Ansicht auch für die Begriffsumschreibung des unehelichen Statusbesitzes als begleitend zu betrachten ist ³⁸.

Im Gegensatz zum ehelichen Statusbesitz hat der uneheliche keine volle beweisrechtliche Wirkung ³⁹, sondern bildet lediglich die Voraussetzung, unter der die Vaterschaftsklage angestrengt werden darf, während es dem Richter freisteht, da dieser Tatbestand als Vaterschaftsvermutung nur eine praesumptio hominis darstellt, vom Kläger noch weitere Beweise zu verlangen, bis er von der Vaterschaft des Beklagten überzeugt ist.

§ 17. Vom Richter

festgestellte Vaterschaft, die nicht Gegenstand des Urteils bildet*

I. Allgemein. Da art. 269 nur die Vaterschaftsklage verbietet ⁴⁰, ist es dem Richter in einem Prozesse, der ein anderes Ziel als die Feststellung der Vaterschaft anstrebt, erlaubt, eine tatsächliche Feststellung dieser vorzunehmen, sofern eine solche für ein Urteil notwendige Voraussetzung ist: «La Cassazione ha ... ritenuto che per l'applicazione della norma (art. 269, Ziff. 2) ... si richieda che l'accertamento della procreazione costituisca il precedente logico e necessario della decisione ...» ⁴¹. Dabei wird aber nicht verlangt, dass in einem solchen Prozess die Frage der Vaterschaft besonders behandelt worden ist, sondern es genügt, wenn die Tatsache der Abstammung aus der Urteils-motivation, auf Grund darin enthaltener objektiver Feststellungen, ersichtlich ist ⁴².

³⁸ Vgl. Relazione al progetto preliminare, S. 131 (cit. bei Vaccaro zu art. 235 S. 148).

³⁹ «Il possesso di stato di figlio naturale non differisce dal possesso di stato di figlio legittimo non solo pel numero di fatti costitutivi, ma anche per l'efficienza probatoria che i fatti devono avere ...» (Il Foro italiano, repertorio generale 1942, V. filiazione, n. 97.)

* Art. 269, Ziff. 2: «quando la paternità risulta indirettamente da sentenza civile o penale ...»

⁴⁰ Vgl. oben 2. Teil § 11.

⁴¹ Cicu, S. 161.

⁴² «La Corte ... ritenne ... non necessario ... che la paternità avesse direttamente formato oggetto del dibattito: è sufficiente, che la prova scaturisca dalla motivazione nel suo complesso ... purchè la prova scaturisca da elementi obbiettivi ...» (Cicu, S. 161, Anm. 2.)

Foro Italiano 1947, I, 1034, v. «Filiazione», Anmerkung.

Ein Ehemann ficht z. B. die Ehelichkeit eines in der Ehe empfangenen Kindes auf Grund von art. 235 Ziff. 4⁴³ an. In diesem Falle kann er den Ehebruch der Frau nachweisen, d. h. den Beweis erbringen, ein anderer Mann sei Vater des Kindes. In diesem Falle ist die Vaterschaft des Ehebrechers festgestellt, da aber Gegenstand des Urteils der eheliche Status des Kindes bildet, zeitigt die Feststellung der ausserehelichen Vaterschaft keine Rechtsfolgen. Hier handelt es sich um ein Zivilurteil im Sinne von art. 269 Ziff. 2, gestützt auf welches das Kind die Vaterschaftsklage gegen den Ehebrecher anstrengen kann. Die gleiche Situation ergibt sich da, wo die Ehelichkeitsklage eines Kindes (*azione di reclamo di stato di figlio legittimo*) abgewiesen wurde, weil der als Ehemann in Anspruch genommene Mann den Beweis der Vaterschaft eines Dritten erbrachte⁴⁴. Die häufigsten Fälle, in denen die Vaterschaft aus einem Urteil ersichtlich ist, sind jene, wo das Urteil einer Verführten Schadenersatz für Schwangerschaft und Geburt zuspricht, was die Feststellung der Vaterschaft des Verführers zur Voraussetzung hat, weil sonst der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beklagten und dem entstandenen Schaden nicht gegeben wäre.

Strafurteile im Sinne von art. 269 Ziff. 2 können nur da entstehen, wo der Strafrichter auf Grund eines zivilrechtlichen Adhäsionsverfahrens über die zivilrechtlichen Folgen eines Verbrechens befindet, also da z. B. wo er bei Vergewaltigung (*violenza carnale*), Entführung (*ratto*), Wegnahme einer Minderjährigen aus der elterlichen Gewalt (*ratto improprio*) dem Opfer Schadenersatz für Schwangerschaft und Geburt als Folge des Verbrechens zuspricht. Ein Strafurteil, das dagegen nur strafrechtliche Fragen entscheidet, kann nie eine solche indirekte Feststellung der Vaterschaft enthalten, da art. 19 Codice di procedura penale und art. 540 Codice penale bestimmen, dass Statusfragen einem Strafprozess vorgängig vom Zivilrichter zu entscheiden seien⁴⁵ und in den vor art. 19 procedura

⁴³ Art. 235, Ziff. 4: «Il marito può disconoscere il figlio concepito durante il matrimonio . . . : se nel detto periodo (Zeit zwischen dem 300. und 180. Tag vor Geburt des Kindes) la moglie ha commesso adulterio e ha tenuto celato al marito la propria gravidanza e la nascita del figlio . . .»

⁴⁴ Art. 243: «La prova contraria può darsi . . . che non è figlio del marito della madre, quando risulta provata la maternità.»

⁴⁵ Art. 19 Codice di procedura penale: «(Questioni di stato personale pregiudiziale a un giudizio penale). Quando la decisione sull'esistenza di un reato dipende dalla risoluzione di una controversia sullo stato delle persone,

penale nicht vorgesehenen Fällen, bei Beurteilung von Fragen der Abstammung, der Strafrichter an die im Zivilrecht aufgestellten Beweisbeschränkungen gebunden sei⁴⁶. Insbesondere schliesst art. 540 Abs. 2, Codice penale eine Feststellung der Abstammung im Strafprozess auch aus, wo diese im Hinblick auf Tatsachen, die von den Wirkungen der Feststellung der Abstammung verschieden sind, vorgenommen werden sollte, z. B. da wo der öffentliche Ankläger in einem Prozess betr. unzüchtige Handlungen (art. 521 Atti di libidine violenti) die besondere Verworfenheit des Täters zeigen möchte, durch den Nachweis, dass das Opfer dessen aussereheliches Kind ist⁴⁷. Durch art. 540 Abs. 2 Codice penale ist somit der Strafrichter in der Feststellung der Vaterschaft noch mehr eingeschränkt, als der Zivilrichter, der ja eine Feststellung der Vaterschaft da vornehmen darf, wo diese nur Mittel zu einem andern Zweck ist.

II. Feststellung der Vaterschaft ersichtlich aus einem Urteil, das der Verführten Schadenersatz für Schwangerschaft und Geburt infolge Verführung zuspricht. Praktisch werden wohl die meisten Vaterschaftsklagen auf Grund von art. 269, Ziff. 2, auf ein Urteil gestützt sein, das der ausserehelichen Mutter Schadenersatz zuspricht für den infolge Schwängerung durch den Verführer entstandenen Schaden. Da somit praktisch eine Vaterschaftsklage wegen Verführung — allerdings auf dem Umweg über die Schadenersatzklage aus Art. 2043⁴⁸ — möglich ist, rechtfertigt es sich, näher darauf einzutreten, unter welchen Umständen die Schaden-

l'esercizio dell'azione penale rimane sospeso fino a che su tale controversia sia pronunciata la sentenza indicata nella prima parte dell'articolo 21.»

Art. 21, Abs. 1, procedura penale: «La sentenza del giudice civile...»

⁴⁶ Art. 540 Codice penale: «(Rapporto di parentela.) Agli effetti della legge penale, quando il rapporto di parentela è considerato come elemento costitutivo o come circostanza aggravante o attenuante o come causa di non punibilità la filiazione illegittima è equiparata alla filiazione legittima.

Il rapporto di filiazione illegittima è stabilito osservando i limiti di prova indicati dalla legge civile, anche se per effetti diversi dell'accertamento dello stato delle persone.

⁴⁷ Ähnlich Cicu, S. 164.

⁴⁸ Art. 2043: «(Risarcimento per fatto illecito.) Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.» Vgl. oben 2. Teil § 9 über die Gründe, weshalb der Gesetzgeber die Verführung nicht als Tatbestand für eine Vaterschaftsklage berücksichtigt hat, und oben 1. Teil 3. Abschn. über die Gerichtspraxis zum Codice von 1865, die eine solche Schadenersatzklage auf Grund des art. 2043 entsprechenden art. 1151 zuließ.

ersatzklage zulässig ist und wann die Vaterschaft aus einem solchen Urteil ersichtlich ist.

Es muss der Verführer sich Mittel bedient haben, die einen gewissen Stärkegrad aufweisen⁴⁹. Merkmal der Verführung ist, ganz allgemein gesprochen, der entgegengesetzte Wille von Mann und Frau, wobei der Mann den Beischlaf wünscht, die Frau aber nicht gewillt ist, sich diesem zu unterziehen. Das Mittel, das der Verführer anwendet, muss derart sein, dass ein moralischer Zwang auf die Frau ausgeübt wird und ihr Wille dadurch geschwächt wird, so dass sie sich wegen dieses Zwanges zum Beischlaf hingibt⁵⁰. Es muss das verführerische Verhalten des Mannes sich zum Beischlaf kausal verhalten, d. h. die Frau ist allein durch die besondere Beeinflussung zum Beischlaf gebracht worden⁵¹. Die Wirkung des ausgeübten Zwanges ergibt sich aus einem subjektiven und einem objektiven Moment⁵²; zum ersten zählen die Verhältnisse, in denen sich die Frau befindet, wie Alter, Milieu, Abhängigkeitsverhältnis, allgemeine soziale Stellung, Unerfahrenheit in sexueller Beziehung, Bildungsgrad und Intelligenz. Das objektive Element besteht in der Eignung der Mittel an sich, das beabsichtige Ergebnis herbeizuführen. Bringt man diese beiden Momente miteinander in Verbindung, kann man im einzelnen Fall auf Grund der allgemeinen Erfahrung feststellen, ob die contrainte morale derart war, dass die Frau dem stärkern Willen des Verführers weichen musste⁵³.

Ist bewiesen, dass der Beklagte die Klägerin verführt hat, ist dieser gestattet, zur Feststellung der Schadensgrösse zu beweisen, dass

⁴⁹ «Perchè possa ritenersi sussistere la seduzione ... occorre un comportamento dell'uomo che espliciti un'azione particolarmente suggestiva idonea a vincere la normale, istintiva resistenza della donna.» (App. Brescia, 9. Dez. 1937, B. c. C., cit. in Il Foro italiano, repertorio generale 1938, V. colpa civile, n. 114.) Vgl. auch Il Foro italiano, repertorio generale 1943—1945, V. Responsabilità civile, n. 95 und Ottello S. 73.

⁵⁰ Il Foro italiano, repertorio generale 1943—1945, V. responsabilità civile, n. 73 — App. Torino, 12. Januar 1940, D. c. M. (cit. in La Giurisprudenza-Foro subalpino 1940, 449). — App. Roma, 14. März 1940, Rusconi c. Denti (cit. in Rivista di diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia 1943, 15 m).

⁵¹ App. Torino, 8. Juni 1944, Cornoglio c. Tanelli (cit. in La giurisprudenza italiana e la legge 1944, I, 2, 130).

⁵² Vgl. dazu D'Avanzo, S. 252 ff.

⁵³ App. Napoli, 15. April 1940, B. c. D. (cit. in Il Foro italiano, 1940, I, 1457 n).

Il Foro italiano, repertorio generale 1943—1945, V. responsabilità civile, n. 92. Ottello, S. 75.

sie infolge der Verführung schwanger geworden sei ⁵⁴, welcher Beweis notwendigerweise in der Feststellung der Vaterschaft des Beklagten besteht. Diese Feststellung ist aber nicht im Dispositiv des Urteils enthalten und es handelt sich somit um eine sog. indirekte Feststellung der Vaterschaft im Sinne von art. 269 Ziff. 2 und es besteht für das Kind die Möglichkeit sich dieses Urteils für eine Vaterschaftsklage zu bedienen.

⁵⁴ «... si tenga conto, ai fini della valutazione del danno, del fatto della gravidanza e del parto...» App. Bologna, 23. April 1942, Balducci c. Morara (cit. in La Temi emiliana, 1943, I, 2, 19 m).

Curriculum vitae

Hanspeter Hüni wurde am 9. April 1924 in Uster geboren. In Küsnacht-Zh. und Feldmeilen besuchte er die Volksschule. Die Mittelschule absolvierte er am kantonalen Gymnasium Zürich, wo er 1943 die Maturitätsprüfung bestand. Das juristische Studium begann er mit einem zweisemestrigen Aufenthalt an der Universität Lausanne, dem zwei Semester an der Universität Zürich folgten. Vom Herbst 1945 bis Herbst 1946 studierte er an der Universität Rom, um anschliessend seine Studien an der Universität Zürich fortzusetzen. Die letzten zwei Semester waren ausschliesslich sozialökonomischen Studien gewidmet. Am 19. Februar 1949 promovierte er zum Doktor beider Rechte.

